VORBEUGENDER RECHTSSCHUTZ IN DER VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT

von

Anton Burkhart

Tübingen 1960

6813

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549606_0034

VORBEUGENDER RECHTSSCHUTZ IN DER VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karl-Universität zu Tübingen
vorgelegt von

Anton Burkhart

aus Gammertingen

1960

Druck:
S. Acker, Gammertingen

8322/60

Obmann : Prof. Dr. Jürgen Baumann

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wilhelm Merk

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Otto Bachof

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 1960

Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	VII—XIII
Abkürzungsverzeichnis	XIV—XVI
Gliederung	XVII—XXI
Vorbemerkung	XXII—XXIII
Abhandlung	1—136
Lebenslauf	— 136 —

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Arndt: Die Strafgewalt der Finanzämter. NJW 59, S 605 ff.

Bachof: Art. 19 IV des Grundgesetzes und das Bundesverwaltungsgericht. DRZ 50, S. 245 ff.

Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im Verwaltungsprozeß. NJW 49, S. 328 (Berichtigung S. 420) und S. 815.

Der maßgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten. JZ 1954, S. 416 ff.

Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: Gelöste und ungelöste Probleme. DÖV 1953, S. 417 ff.

Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung 1951 (Klage).

Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes. DRZ 1950. S. 341 ff.

Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für W. Jellinek. 1955. S. 287 ff (Gedächtnisschrift).

Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung. Festschrift für Laforet. 1952; insbesondere S. 298—316.

Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz. SJZ 1949, Sp. 376 ff.

Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes. SJZ 1950. Sp. 161 ff, 488 ff.

Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz. Recht und Staat 202/203 (1957) S. 15 ff, S. 28 ff.

Zum grundsätzlichen Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, insbesondere nach dem Grundgesetz. ZZP 65, S. 2 ff.

Zur Auslegung des Art. 100, Abs. 1 GG. DVBl. 1951, S. 13 ff.

Backsmann: Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. DÖV 1956, S. 269 ff.

Bähr, Otto: Der Rechtsstaat. 1864.

Bauer, Wilh.: Wiederaufbau der Verwaltungsrechtspflege. SJZ 46, Sp. 149 ff.

Baur, Fritz: Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit. 1954.

Neuere Diskussionen über das Verhältnis von Justiz und Verwaltung. DRZ 1949, S. 395 ff.

Baring: ZBR 54, S. 44.

Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßrecht. 19. Auflage 1950; 25. Auflage. 1958.

Bettermann: Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter. Grundrechte, Bettermann - Nipperdey - Scheuner, Bd. III 2. Halbband. 1959, S. 523 ff (Grundrechte III/2).

Naturalrestitution und Amtspflichtverletzung. DV 1949, S. 348 ff.

Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt. MDR 1949, S. 394 ff.

Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch. DÖV 55, S. 528 ff.

Blüher: Zur Feststellungsklage in der Verwaltungsrechtspflege. Jahrbuch des Königl. Sächs. OVG, Bd. 16 - 1911 - S. 1—15 u. S. 97—120.

Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung. 1914.

Buri: Einstweilige Anordnung — einstweilige Verfügung in Anfechtungssachen. DÖV 57, S. 100 ff.

De Clerck: Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsstreitverfahren. NJW 56, S. 1337 ff.

Drews: Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft. Band 78 (1929), S. 586 ff.

Ebers: Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit in Oesterreich. Festschrift für Laforet. 1952. S. 269 ff.

Van Endert: Videant Consules. DVBl. 1950, S. 423.

Engelhard: Anfechtungsklage — Vornahmeklage NJW 56 S. 1377 ff.

Ehring: Die Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit. NJW 1959, S. 217 ff.

Eltzbacher: Die Unterlassungsklage. 1906.

Eschenburg: Staat und Gesellschaft in Deutschland. 1956.

Eyermann-Fröhler: Verwaltungsgerichtsgesetz. 2. Auflage 1954. (VGG).

Fenge: Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage bei drohenden Verwaltungsakten. DÖV 1956, S. 392 ff.

Flad: Von der Unterlassungsklage Iher. JB 70, S. 337 ff.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. 1928 (Institutionen).

Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 3. Aufl. 1953, 5. Aufl. 1955; 6. Aufl. 1956; 7. Aufl. 1958.

Freytag: Aenderung des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit. DV 1949, S. 456 ff.

Friesenhahn: Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz. DV 1949, S. 478 ff.

Die politischen Grundlagen des Bonner Grundgesetzes. Recht - Staat - Wirtschaft, Band II 1950, S. 164 ff.

Die Staatsgerichtsbarkeit. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, S. 523 ff.

Genzmer: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, S. 506 ff.

Giese: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1948.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 4. Auflage 1955 mit Nachtrag 1956.

Giesges: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der englischen Zone. 1948. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg. 1948.

v. Gneist: Der Rechtsstaat. 1872; 2. Auflage. 1899: Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland.

Grewe: Das Grundgesetz. DRZ 1949, S. 213 ff.

Gut-Heilmann: Handwörterbuch des Wohnungswesens. 1930. S. 513 ff.

Hamann: Das Grundgesetz. 1956.

Hartung, F.: Deutsche Verfassungsgeschichte. 5. Aufl. 1950.

Haueisen: Die einstweilige Verfügung im sozialgerichtlichen Verfahren. NJW 1959, S. 18 ff.

Die Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß. NJW 1952, S. 913 ff.

Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß. NJW 1953, S. 1165 ff.

Verwaltungsgerichtliches Urteil und Verwaltungsakt. NJW 1959, S. 697 ff.

Heidenhain: Die Amtshaftung in der Bundesrepublik. NJW 1949, S. 481 ff.

Wann können die ordentlichen Gerichte Verwaltungsakte aufheben? NJW 53, S. 1081 ff.

Herrntritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts. 1921.

Hesse: Der Rechtsschutz und die staatlichen Gerichte im kirchlichen Bereich. 1956.

Heusel: Die Rangordnung der Rechtsquellen, insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, S. 313 ff.

Huber E. R.: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1 und 2. 1953/54.

Hufnagel: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone 1950.

van Husen: Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1947.

Ueber die Verwaltungsgerichtsbarkeit (Gutachten). 1948.

Ipsen, H. P.: Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit. DV 1949. S. 486 ff.

Jahrreiß: Demokratischer Rechtsstaat- und Rechtssprechung. Recht - Staat - Wirtschaft. Band 2, Seite 203 ff.

Jakobi, Erwin: Die Rechtsverordnung. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, S. 236 ff.

Jellinek, Georg: System der subjektiven Rechte. (VIII) 2. Auflage 1919.

Jellinek, Walter: Das einfache Reichsgesetz. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, Seite 160 ff.

Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und Verwaltungsgerichte. Veröffentlichung der Vereingung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 2, S. 8 ff. 1925.

Die Verfassung des Landes Hessen. DRZ 1947, S. 4 ff.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone. DRZ 1948, S. 269 ff.

Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1948. Nachtrag 1950.

Jerusalem: Das Verwaltungsrecht und der neue Staat. 1935. Grundriß des Verwaltungsrechts. 1947.

Jesch: Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte. 1956.

Kaskel-Schlesinger: Monopole - Trusts - Kartelle. 1951.

Kelsen, Hans: Justiz und Verwaltung. 1929.

Kern, Ernst: Moderner Staat und Staatsbegriff. 1949.

Klein, Franz: Der Zivilprozeß Oesterreichs. 1927.

Die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten der amerikanischen und britischen Besatzungszone. DVBl. 1950, S. 200 ff, S. 229 ff.

Tragweite der Generalklausel in Art. 19 IV des Bonner Grundgesetzes. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 8, S. 67 ff.

Klinger: Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone. 1950. (MRVO Nr. 165.)

v. Köhler, Ludw.: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. 1935.

Kollmann: Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. DÖV 1955, S. 45 ff.

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.

v. Krosigk: Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. DÖV 1956, S. 690 ff.

Krüger, Herbert: Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis. NJW 1953, S. 1369 ff.

Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung. DVBl. 1951, S. 361 ff.

Lassar: Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht. Oeffentlich-rechtliche Abhandlungen, Heft 2, Berlin 1921.

Lerche: Ist die Nichtigkeit von Verwaltungsakten durch Anfechtungsklage oder durch Feststellungsklage geltend zu machen? DVBl. 1952, S. 396 ff.

Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg. 1953.

Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit. DVBl. 1954- S. 626 ff.

Less: Begriffsherrschaft und Verwaltungstätigkeit. DÖV 1957, S. 418 ff.

Loening: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bonner Grundgesetz. DÖV 1949, S. 324 ff.

Die Verordnung Nr. 165 und der Rechtsstaat. DV 1949, S. 85 ff.

Zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. SJZ 1950, Sp. 255 ff.

Loppuch: Die Amtshaftungsklage wegen fehlerhafter Verwaltungsakte. NJW 1952, S. 1037 ff.

Die verwaltungsbehördliche Ermessensentscheidung und Ermessenshandlung. DVBl. 1955, S. 377 ff.

Mätzel: Die verwaltungsgerichtliche Anfechtung von Ablehnungsbescheiden. DÖV 1955, S. 397 ff.

Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz. 1957.

Martin: Einstweilige Verfügung im Verwaltungsstreitverfahren. NJW 1956, S. 90 ff.

Wie lange noch Rechtslosigkeit durch Versagung einstweiliger Anordnungen im Verwaltungsstreitverfahren? NJW 1956, S. 1706 ff.

Maunz: Staatsrecht. 8. Auflage 1958.

Maunz-Dürig: Grundgesetz. 1958.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 1914.

Meiß: Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1953.

Zum gegenwärtigen Stand der Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. JZ. 1954, S. 109 ff.

Menger: Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Grundrechte, Bettermann-Nipperdey-Scheuner, III. Band, 2. Halbband. S. 717 ff.

Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht. Verwaltungsarchiv, Band 48 (1957) S. 166 ff.

Rechtssatz, Verwaltung, Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 587 ff.

System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes 1954 (System). Ueber die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen. Gedächtnisschrift für W. Jellinek. 1955, S. 347 ff.

Merkl: Allgemeines Verwaltungsrecht 1927.

Müller-Heidelberg: Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. NJW 1949, S. 814 ff.

Naumann: Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1953.

„Die Verwaltungsgerichtsbarkeit". 1951. Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages. S. D. 18 ff.

Rechtsweg, Gerichtsweg und Kompetenzkonflikt. JZ 1951, S. 204 ff.

Vom vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Gedächtnisschrift für W. Jellinek. 1955, S. 391 ff.

Zum Stand der Beratungen über den Entwurf einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung. DVBl. 1952, S. 584 ff.

Zur verwaltungsgerichtl. Feststellungsklage. DVBl. 1951, S. 140 ff.

Nebinger: Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil. 2. Auflage 1949.

Niese: Ueber den Streitgegenstand der Anfechtungsklage und Vornahmeklage im Verwaltungsprozeß. JZ 1952, S. 353 ff.

Nickisch: Zivilprozeßrecht. 2. Auflage 1952.

Obermayer: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt 1956.

Oswald: Die einstweilige Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. DÖV 1956, S. 236 ff.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch. 17. Auflage 1958.

Peters: Lehrbuch der Verwaltung 1949.

Poppitz: Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Archiv des öffentlichen Rechts. Bd. 34 NF S. 3 ff.

Redding: Rechtsverhältnisse und verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage. DÖV 1956, S. 388 ff.

Redeker: Nachbarklage — öffentlich rechtlich oder zivilrechtlich. NJW 1959, S. 749 ff.

Rehmert: Zur Frage der „Anderen Streitigkeit des öffentlichen Rechts". DÖV 1958, S. 251 ff.

Reuss: Revision und Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesverwaltungsgericht. DVBl. 1957, S. 293 ff.

RGR: Erläuterungsbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 1954.

Ridder, H. K. J.: Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag. Verhandlungen (Gutachtenband) S. 131 f.

Ringe: Zur Beseitigungs- und Unterlassungsklage bei Verwaltungsakten und einfachem Verwaltungshandeln. DVBl. 1958, S. 378 ff.

Rosenberg: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 6. Aufl. 1954.

Rupp: Die Beseitigungs- und Unterlassungklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt. DVBl. 1958, S. 113 ff.

Ruscheweyh: Die abstrakte Normenentscheidung. DV 1948, S. 84 ff.

van de Sandt: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone. 1949.

Schack: in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht. 1937.

Schoen: Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. DÖV 1955, S. 137 ff.

Zeit- und Streitfragen zum Verwaltungsprozeß. DÖV 1951, S. 393 ff, S. 580 ff.

Schönke: Zivilprozeßrecht, 6. Aufl. 1949.

Schultzenstein: zur Urteilsunterlage im Verwaltungsstreitverfahren nach dem LVG. Verwaltungsarchiv, Bd. 21 (1913) S. 1 ff. Verwaltungsarchiv, Bd. 2 (1894) S. 571 ff, und Bd. 19 (1911) S. 579 f.

Schunck-De Clerck: Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz vom 14. 4. 1950. 1952.

Schwarz: Strafprozeßordnung, 14. Aufl. 1951.

Sieveking: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Grund der Verordnung Nr. 141 und Nr. 165 der britischen Militärregierung MDR 1948, S. 315 ff.

Sommer: Der Widerruf von Verwaltungsakten (III). DÖV 1954, S. 716 ff.

Spreng-Feuchte: Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg. 1953.

Staudinger: Bürgerliches Gesetzbuch II. Band. Sachenrecht, 11. Auflage 1956.

Stefan: Die Unterlassungsklage 1908.

Stein-Jonas-Schönke: Erläuterungsbuch zur Zivilprozeßordnung. 18. Auflage 1953.

Strupp: Die Rechtsstellung der Staatsangehörigen und der Staatsfremden. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band I, S. 274 ff.

Theis: Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit der Gegenwart. Archiv des Oeffentlichen Rechts, Band 77, S. 2 ff.

Thoma, Richard: Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, S. 607 ff.

Grundbegriffe und Grundsätze. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, S. 108 ff.

Ueber die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Recht - Staat - Wirtschaft. Band 3 (1951), S. 9 ff.

v. Turegg: Gefährliche und gefährdete Generalklausel. 1956 (Generalklausel).

Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 2. Auflage 1954.

Ule: Bonner Grundgesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1950.

Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Verhältnis von Justiz und Verwaltung. 10. Beiheft zur DRZ 1948.

Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde und Verwaltungsgerichtsbarkeit. DVBl. 1953, S. 12 ff.

Vossen, Leo: Zur Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß. Archiv des öffentlichen Rechts. Band 24 (1909), S. 202 ff.

Walz: Justiz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. DVBl. 1951, S. 436 ff.

Weber, Adolf: Volkswirtschaftspolitik 1951.

Weber, Werner: Spannungen und Kräfte im Westdeutschen Verfassungssystem.

Werner, Fritz: „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf." (§ 182 der Paulskirchenverfassung.) DV 1949, S. 169 ff.

Wernicke: Erläuterungsbuch zum Bonner Grundgesetz. Band I und II. 1954.

Wolff, H. J.: Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht. Archiv des öffentlichen Rechts, Band 76 (1950/51), S. 205 ff.

Die Voraussetzungen eines „besonderen Verwaltungsgerichts", dargestellt am Beispiel der Spruchkammern bei den Oberversicherungsämter. MDR 1951, S. 67 ff.

Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen. Gedächtnisschrift für W. Jellinek 1955, S. 33 ff. Verwaltungsrecht I 1956.

Zinn: Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz.

Zorn: Festgabe für Paul Krüger. 1911. S. 511 ff.

Zschacke: Verwaltungsklage gegen Rechtsbehelfe verwerfende Entscheidungen. NJW 1958, S. 1666 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABl. = Amtsblatt.

ABlbr. MR = Amtsblatt der Militärregierung Deutschlands (Englische Besatzungszone).

AS = Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg, herausgegeben von Mitgliedern der Gerichte, Münster 1951 ff (Band und Seite).

Arch. ö. R. = Archiv des Oeffentlichen Rechts (Band und Seite).

Bayer.Verw.Bl. = Bayerische Verwaltungsblätter.

BFH = Bundesfinanzhof.

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGBl. S. 195).

BGBl = Bundesgesetzblatt.

BGG = Grundgesetz für den Bundesfreistaat Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1).

BGH = Bundesgerichtshof.

B.Verf.G. = Bundesverfassungsgericht.

BVerwG = Bundesverwaltungsgericht

BVerwGG = Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. September 1952 (BGBl. I, S. 625).

Berl.VGG = (Berliner) Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 8. Januar 1951 (VoBl. I, S. 46).

Bez.VG = Bezirksverwaltungsgericht.

Bachof, Klage = Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951.

DÖV = Die öffentliche Verwaltung (Jahrgang und Seite).

DRZ = Deutsche Rechtszeitschrift (Jahrgang und Seite).

DV = Deutsche Verwaltung (Jahrgang und Seite).

DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt (Jahrgang und Seite).

EVGO für Württ. = Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung für Württemberg. 1931.

Eyermann-Fröhler, VGG = Verwaltungsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden, Erläuterungsbuch von Eyermann-Fröhler, 1950.

Fleiner, Institutionen = Fritz Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, 8. Auflage, 1928.

GBl. = Gesetzblatt.

Gew.O. = Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21. 6. 1869/26. 7. 1900.

GG = Grundgesetz.

GS = Gesetzsammlung (wenn ohne besonderen Zusatz: Preußische Gesetzsammlung = — bis 1906 — Gesetzsammlung für die Königl. Preuß. Staaten).

GVG = Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 in der Fassung vom 12. September 1950 (BGBl. S. 513).

GVBl. = Gesetz- und Verordnungsblatt.

HDStR = Handbuch des Deutschen Staatsrechts herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma Bd. I und II (Das öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 28 und 29), Tübingen 1930 und 1932.

HRR = Höchstrichterliche Rechtssprechung (Jahr u. Nr. der Entscheidung.)

JB = Jahrbuch.

JW = Juristische Wochenschrift (Jahrgang und Seite).

JZ = Juristenzeitung (Jahrgang und Seite).

KG = Kammergericht.

Klinger, MRVO = Hans Klinger; Verwaltungsgerichtsbarkeit in der englischen Zone, 2. neubearbeitete und vermehrte Auflage 1953.

LG = Landgericht.

MDR = Monatsschrift für deutsches Recht (Jahrgang und Seite).

Menger, System = Menger: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. 1954.

MROV = Verordnung Nr. 164 der englischen Militärregierung: Verwaltungsgerichtsbarkeit in der englischen Zone vom 15. 9. 1948.

Naumann, Gedächtnisschrift = Naumann: Vom vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955. Seite 391 ff.

NF = Neue Folge.

NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Jahrgang und Seite).

ÖV = Die öffentliche Verwaltung (Jahrgang und Seite).

OLG = Oberlandesgericht.

OVG = Oberverwaltungsgericht.

Pr. = Preußisch.

Pr.OVG = Preußisches Oberverwaltungsgericht; mit Band und Seite: Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, (zuletzt) herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes, Berlin 1877 ff.

Pr.VBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.

Reg.Bl. = Regierungsblatt.

RG = Reichsgericht.

RGBl. = Reichsgesetzblatt.

RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

rh.pf.VGG = (Rheinland-pfälzisches) Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 14. April 1950 (GVBl. S. 103).

RVBl. = Reichsverwaltungsblatt.

Sächs.OVG = Sächsisches Oberverwaltungsgericht; mit Band und Seite: Jahrbücher des (kgl.) sächsischen Oberverwaltungsgerichts.

SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung (Jahrg. und Seite).

Staats.Anz. = Staatsanzeiger.

StGB = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 (RGBl. S. 127) mit Aenderungen.

StPO = Strafprozeßordnung in der Fassung vom 12. September 1950 (RGBl. S. 629).

Verw.Arch. = Verwaltungsarchiv.

Verw.Rspr. = Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland.

VG = Verwaltungsgericht.

VGG = Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsgesetz u. ä. (ohne Zusatz: Gesetz über die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 12. Mai 1958. GBl. für Baden-Württemberg, S. 131 ff).

VGH = Verwaltungsgerichtshof.

VVDStRL = Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Band und Seite).

Warn. = Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts; seit 1942 (Band und Seite).

Württ.Z. = Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung.

WV = Weimarer Verfassung.

ZBR = Zeitschrift für Beamtenrecht und Beamtenpolitik (Jahrg. u. Seite).

ZStW = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.

ZMR = Zeitschrift für Miete und Recht.

ZZP = Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (Band und Seite).

GLIEDERUNG

	Seite
VORBEMERKUNG	XXII—XXIII
1. Hauptabschnitt	1—56
Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit	
1. Abschnitt: Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz.	1—12
I) Kurzer Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung.	
1) Geschichtliche Entwicklung in gerichtsverfassungsrechtlichen Fragen.	1— 5
2) Geschichtliche Entwicklung des Gerichtsverfahrens.	5— 7
II) Der heutige Umfang des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.	8—11
III) Gesetzliche Grundlagen der Untersuchung.	11—12
2. Abschnitt: Gegenstand der Untersuchung und Begriffsbestimmungen.	12—29
I) Gegenstand der Untersuchung an Hand von Beispielen. aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.	12—16
II) Begriffsbestimmungen und Abgrenzungen.	16—29
1) Begriffsbestimmungen.	16—27
a) Rechtsschutz.	16—19
b) Verwaltungsgerichtsbarkeit.	19—24
c) Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.	24—27
2) Abgrenzung der Untersuchung.	27—29
a) Vorbeugender Rechtsschutz.	—27—
aa) Vorläufiger Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.	—28—
bb) Die Beseitigungsklage im Verwaltungsstreitverfahren.	28—29
b) Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit	—29—
3. Abschnitt: Vorbeugender Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen in der Strafgerichtsbarkeit und in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.	30—38
I) Vorbeugender Rechtsschutz durch Strafgerichte.	—30—
II) Vorbeugender Rechtsschutz durch die bürgerl. Gerichte.	31—38
1) Eingriffsmöglichkeit der ordentlichen Gerichte in die Tätigkeit der Verwaltung.	31—34
2) Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs.	34—38
4. Abschnitt: Vorbeugender verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Lehre und Rechtsprechung.	39—56
I) Auffassungen der Rechtslehre und der Rechtsprechung zum vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.	39—45

Seite

1) Vorbeugender verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in der Rechtslehre. 39— 42

2) Vorbeugender verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in der Rechtsprechung. 43— 45

a) Vorbeugende Unterlassungsklage? 43— 44

b) Vorbeugende Feststellungsklage? 44— 45

II) Auseinandersetzung mit den ablehnenden Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung. 45— 56

1) Die in Lehre und Rechtsprechung zur Ablehnung eines vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorgebrachten Gründe. 45— 47

a) Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung. 45— 46

b) Bedenken aus rechtspolitischen Gesichtspunkten. 46— 47

c) Fehlen einer ausdrücklichen Regelung der Unterlassungsklage in den geltenden Verwaltungsgerichtsordnungen. —47 —

2) Auseinandersetzungen mit diesen ablehnenden Auffassungen. 47— 56

a) Grundsatz der Gewaltenteilung. 48— 50

aa) Verwaltungsgerichte sind echte Gerichte. —48 —

bb) Grundsatz der Gewaltenteilung verfassungsgemäß festgelegt. 48— 49

cc) Bedeutung des Grundsatzes der Gewaltenteiteilung im heutigen Rechtsstaat. 49— 50

b) Rechtspolitische Bedenken. 51— 54

c) Fehlen einer ausdrücklichen Regelung als Beweis für die Unzulässigkeit vorbeugender Unterlassungsklagen. 54— 56

2. Hauptabschnitt

Verfassungsrechtliche Möglichkeiten in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Abwehr drohender Amtshandlungen. 56—113

1. Abschnitt: Art. 19 IV GG und die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen als Ausgangspunkt. 56— 62

I.) Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt. 57— 60

II.) Eröffnung des Rechtsweges bei Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt. 60— 62

1) Rechtslage nach Art. 19 IV GG. 60— 61

2) Rechtslage nach den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen, dargestellt am Beispiel des Art. 67 der Landesverfassung von Baden-Württemberg (19. 11. 53). 61— 62

2. Abschnitt: Vorbeugender Rechtsschutz nach den geltenden Verwaltungsgerichtsgesetzen. 62—113

Seite

I. Die selbständige Rechtssatzüberprüfung. 62— 67

1) Geltungsbereich der selbständigen Rechtssatzüberprüfung. 62— 64

2) Umfang der Nachprüfungsmöglichkeit. 64— 67

II.) Die einstweiligen Anordnungen im Verwaltungsstreitverfahren. 67— 76

1) Allgemeine Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen. 68— 74

a) Einstweilige Anordnungen im Geltungsbereich des VGG. 68— 72

b) Einstweilige Anordnungen im Geltungsbereich der MRVO Nr. 165. 72— 74

2) Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung. 74— 76

III. Die sonstigen verwaltungsgerichtlichen Klagearten als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Amtshandlungen. 76—113

1) Anfechtungssachen im weiten Sinne. 77—108

a) Vorbeugender Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage. 77— 89

aa) Erlaß einer Verwaltungsverfügung als Voraussetzung der Anfechtungsklage. 77— 80

bb) Vorbeugender Rechtsschutz durch Ausdehnung des Begriffs der Verwaltungsverfügung. 80— 89

b) Vorbeugender Rechtsschutz und Vornahmeklage. 90— 91

c) Verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zwecks Abwehr drohender Amtshandlungen. 91—108

aa) Feststellungsklage „Im Wege der Parteistreitigkeiten". 92— 94

bb) Inhalt des feststellbaren Rechtsverhältnisses. 94—108

aaa) Oeffentliches Rechtsverhältnis vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung. 96— 99

bbb) Inhalt dieses öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses. 99—104

cc) Sonstige Bedenken gegen die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zwecks Abwehr drohender Amtshandlungen. 104—108

aaa) Grundsätzliche Unzulässigkeit der Feststellungsklage bei Möglichkeit einer Leistungsklage. 104—105

bbb) Bedenken wegen Rechtskraft fehlerhafter Entscheidungen. — 105 —

ccc) Erlaß der drohenden Amtshandlung mit Sicherheit ausgeschlossen? 105—108

2) Parteistreitigkeiten. 108—113

a) Parteistreitigkeiten und sonstige oder andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts. 108—109

b) Gleichordnung der Rechtsträger. 109—113

3. Hauptabschnitt

Seite

Die vorbeugende Unterlassungsklage und einstweilige Anordnungen zur vorläufigen Sicherung des Unterlassungsanspruchs. 114—125

1. Abschnitt: Der Unterhaltungsanspruch und sonstige Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklagen. 114—125

I. Der Unterlassungsanspruch. 114—121

1) Die Vornahmeklage als Ausgangspunkt. 114—118

a) Der Anspruch auf Vornahme einer Amtshandlung. 114—115

b) Inhalt und Umfang dieses Anspruchs. 115—118

2.) Die Unterlassungsklage. 118—121

a) Recht auf Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe. 119—120

b) Inhalt und Umfang dieses Unterlassungsanspruchs. 120—121

II. Sonstige Voraussetzungen der Unterlassungsklage. 121—125

1) Unterlassungsklage gegen drohende Verwaltungsverfügungen. 121—123

2) Unterlassungsklage zur Abwehr drohenden sonstigen Verwaltungshandelns. 124—125

2. Abschnitt: Vorläufige Sicherung des Unterlassungsanspruchs durch einstweilige Anordnungen. — 125 —

4. Hauptabschnitt

Vorbeugender Rechtsschutz nach der neuen Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960. 126—134

1. Abschnitt: Die selbständige Rechtssatzüberprüfung. 126—127

I) Geltungsbereich. 126—127

II) Umfang der Nachprüfungsmöglichkeit. — 127 —

2. Abschnitt: Die einstweilige Anordnung. 127—128

I) Allgemeine Zulässigkeit. — 127 —

II) Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung. 127—128

3. Abschnitt: Die Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage der neuen Verwaltungsgerichtsordnung als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Verwaltungsmaßnahmen. 128—130

I) Vorbeugender Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage? 128—129

1) Erlaß einer Verwaltungsverfügung als Voraussetzung der Anfechtungsklage. — 128 —

2) Vorbeugender Rechtsschutz durch Ausdehnung des Begriffs der Verwaltungsverfügung. 128—129

II) Vorbeugender Rechtsschutz und Verpflichtungsklage. — 129 —

III) Verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zwecks Abwehr drohender Amtshandlungen. 129—130

Seite

4. Abschnitt: Sonstige verwaltungsgerichtliche Klagearten als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes. 130—134

I.) Sonstige Klagearten der VwGO außer Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage? 130—133

1) Verwaltungsrechtsweg nur für Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklagen? 131—132

a) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nur für Anfechtungs-, Verpflichtungs-, und Feststellungsklage? 131—132

b) Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage als einzig mögliche Klagearten der VwGO? — 132 —

2) Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage als nur beispielhafte nicht erschöpfende Aufzählung der Klagearten. 132—133

II) Die sonstigen Klagearten der VwGO als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Amtshandlungen. 133—134

Schluß 134—135

VORBEMERKUNG

Nach dem ersten, insbesondere aber nach dem zweiten Weltkrieg sah sich die Verwaltung nicht nur einer vermehrten Zahl ihrer herkömmlichen Verwaltungsaufgaben gegenüber, sondern es haben sich ihr auch neuartige Tätigkeitsbereiche erschlossen. Die Zusammenballung großer Menschenmassen auf verhältnismäßig engem Raum und die damit notwendig verbundene Trennung der Menschen von den Lebensgütern, rief Bedürfnisse der „Daseinsvorsorge" (Forsthoff) hervor, welche die Verwaltung durch Erbringung eigener Leistungen befriedigen mußte. Die Verwaltung, bisher wesentlich Eingriffsverwaltung, wurde jetzt auch wesentlich Leistungsträger. In dem gleichen Maße, in dem sich die Tätigkeit der Verwaltung hiernach vervielfältigt hat, ist einerseits nicht nur die Selbstverantwortung des Bürgers und vor allem seine persönliche Freiheit zurückgedrängt und eingeengt worden, sondern er ist zum andern auch auf die Leistungen der Verwaltung angewiesen. Der heutige Verwaltungsstaat bedarf daher in besonderer Art und in besonderem Maße des Ausgleichs durch den Rechtsstaat. In Erkenntnis dieser Notwendigkeit haben die nach 1946 geschaffenen Verwaltungsgerichtsgesteze, die Landesverfassungen und das Bonner Grundgesetz in den westdeutschen Ländern und in Westberlin zu einer wesentlichen Erweiterung und Verstärkung des Rechtsschutzes in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten geführt. Diese Entwicklung wurde durch die neue Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) des Bundes vom 21. Januar 1960 (BG-Bl. I, 17 ff.), welche der bisherigen Zersplitterung des Verfahrensrechts in Bund und Ländern ein Ende bereitete, vollendet. Wir haben heute einen umfassenden Rechtsschutz wie nie zuvor gekannt. So ist nicht nur der Rechtsschutz gegen jedwede Verletzung durch Maßnahmen der öffentlichen Gewalt verfassungsrechtlich gewährleistet, sondern dieser ist auch auf Bundesebene durch die Verfassungsbeschwerde in hohem Maße ausgebaut.

Es hat sich einmal insbesondere die Voraussage W. Jellineks im Jahre 1925 auf der Staatsrechtslehrertagung in Leipzig, dem Grundsatz der Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte gehöre die Zukunft, (VVDStRL 2, S. 58) bewahrheitet. Die neugeschaffene Klage auf Vornahme einer Amtshandlung hat zum andern die bisher bestehende Beschränkung der Verwaltungsgerichte auf rein aufhebende Tätigkeit beseitigt und den Gerichten die Befugnis zuerkannt, die öffentliche Gewalt zur Vornahme von Amtshandlungen zu verurteilen. Sonach ist der Vorwurf, unser heutiger Rechtsschutz sei einseitig auf den Schutz gebietender oder gestaltender Maßnahmen ausgerichtet, nicht aber gegenüber verweigerten Leistungen des Staates oder sonstigen Trägers des öffentlichen Gewalt abgestellt, zumindest verfahrensrechtlich nicht berechtigt.

Diese neu geschaffene Möglichkeit, die Vornahme hoheitlicher Maßnahmen im Wege der Klage gegen die verpflichtende Behörde zu er-

reichen, war Anlaß zu einer Betrachtung darüber, ob und wieweit auch ein Rechtsschutz gegen d r o h e n d e rechtswidrige Eingriffe der öffentlichen Gewalt gegeben ist. Der Frage, welche verfahrensrechtlichen Möglichkeiten die einzelnen Verwaltungsgerichtsordnungen in Verbindung mit den entsprechenden Bestimmungen des Bonner Grundgesetzes und der Landesverfassungen zur Abwehr drohender Amtshandlungen — Verwaltungsverfügungen und sonstigen Verwaltungshandelns — bieten, soll diese Untersuchung in der Hauptsache dienen. Wenn sich auch diese Prüfung über einen vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf sämtliche Rechtsgrundlagen einer Verwaltungsgerichtsbarkeit nach ihrer Fragestellung erstrecken muß, so werden doch die vorbeugende Feststellungsklage und die vorbeugende Unterlassungsklage im Vordergrund stehen, da sie als vorbeugende Rechtsschutzmittel besonders geeignet erscheinen. Schließlich soll noch, da die Möglichkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage vielfach in Lehre und Rechtssprechung mit dem Fehlen eines sachlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs begründet wird, diesem Recht auf Unterlassung rechtswidriger Eingriffe und den sonstigen Voraussetzungen einer verwaltungsgerichtlichen Unterlassungsklage eine Darstellung gewidmet werden.

Der vorbeugende Rechtsschutz ist nur eine Art des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes überhaupt. Da dieses Rechtsgebiet als Ganzes noch einer eingehenden wissenschaftlichen Durcharbeitung harrt, mußten vielfach Fragen erörtert werden, die für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz überhaupt von Bedeutung sind und die, falls das Verwaltungsrecht und das Verwaltungsstreitverfahren schon eingehender untersucht wäre, als Abschweifung angesehen werden könnten. Schließlich soll in einem Anhang diese Untersuchung auf die erst nach Fertigstellung dieser Arbeit verkündete Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes ausgedehnt werden.

Jm Jahre 1955 hat R. Naumann (Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 391 ff.) erstmals diesem vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Darstellung gewidmet. Trotz seiner umfassenden Fragestellung „Vom vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit", also in der Verwaltungsgerichtsbarkeit überhaupt, beschränken sich Naumanns Untersuchungen fast ausschließlich auf die vorbeugende Feststellungsklage zwecks Abwehr drohender Verwaltungsmaßnahmen (a.a.O. S. 391—403). Die vorbeugende Unterlassungsklage, der gerade Weg, um drohenden Amtshandlungen vorzubeugen, die eigentlich im Vordergrund zu stehen hätte, nimmt hiergegen bei ihm nur zweitrangige Bedeutung ein (a.a.O. S. 403—405). Diese Arbeit „Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit" sollte daher nicht nur dazu dienen, die Gedankengänge Naumanns zu vervollständigen und zu vertiefen, sondern auch die Frage nach einem vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit überhaupt aufzuwerfen und in umfassender Weise zu untersuchen.

1. Hauptabschnitt:

Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit

1. Abschnitt:

Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz

I.) Kurzer Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung

Ein kurzer geschichtlicher Rückblick auf die Entwicklung der Verwaltungsgerichtbarkeit soll zeigen, wie sehr sich dieser Rechtsschutz des Bürgers gegen die öffentliche Gewalt in gerichtsverfassungs- und verfahrensrechtlicher Hinsicht nach Art und Umfang stufenweise verstärkt hat. Da Gegenstand des Verwaltungsrechts hauptsächlich die Beziehungen des einzelnen zum übergeordneten Staat sind, werden wir eine starke Beeinflussung dieses verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes durch diese Beziehungen beobachten können[1]).

1. Geschichtliche Entwicklung in gerichtsverfassungsrechtlichen Fragen.

Erst mit der allmählichen Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung[2]) entsteht als eine Art Vorläufer der Verwaltungsgerichtsbarkeit die sog. „Administrativjustiz", eine Verwaltungsrechtspflege durch die Verwaltungtungsbehörde selbst, allerdings in einem förmlichen Verfahren[3]). Gegen diese Art des Rechtsschutzes richtet sich die 1848 erhobene Forderung auf Abschaffung jeglicher Verwaltungsrechtspflege[4]). Dies bedeutete jedoch keineswegs eine Entscheidung gegen die Verwaltungs-

---

1) Die Fesstellung von Forsthoff (Verwaltungsrecht, Bd. I, 6. Aufl. 1956, S. 446) „Das System des Rechtsschutzes folge in seinem Aufbau und seiner Fortentwicklung der Grundstruktur des Rechts, die ihrerseits wieder durch die Struktur des Staates bestimmt werde", gilt in ganz besonderem Maße für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz.

2) Ihre Verbindung war damals nichts Außergewöhnliches. Vgl. F. Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte. 5. Aufl. 1950, S. 121 ff. Franz Klein, Der Zivilprozeß Oesterreichs, 1927, S. 27.

3) Vgl. W. Jellinek (Verwaltungsrecht 3. Aufl., S. 91) und Werner (DV 49, S. 169 ff). Das bekannteste Beispiel ist wohl die Preußische Kammerrechtspflege; aber auch andere Länder kennen solche Einrichtungen (z. B. die sog. Consensualgerichte des 18. Jahrhunderts in Oesterreich und die „Administrativgerichte" des beginnenden 19. Jahrhunderts in den süddeutschen Ländern).

4) Vgl. den in die Paulskirchenverfassung des Deutschen Reichs vom 28. 3. 1848 eingegangenen § 182 Abs. 1.

gerichtsbarkeit und für den sog. „Justizstaat". Damals ging es ja noch nicht um die Frage, ob Verwaltungsstreitsachen vor den 1848 allein bestehenden ordentlichen Gerichten oder von getrennt hiervon zu errichtenden Verwaltungsgerichten zu entscheiden seien. Dieser Streit wurde nach Errichtung der ersten Verwaltungsgerichte in Baden (1863) hauptsächlich von Otto Bähr[5]) und Rud. v. Gneist[6]) ausgefochten. In der Paulskirchenverfassung wurde vielmehr nur festgelegt, daß Verwaltungsstreitsachen nicht mehr von weisungsgebundenen Verwaltungsbehörden, sondern nur von unabhängigen Gerichten entschieden werden sollten. Wohl war zwar mittelbare Folge dieser Forderung, daß alle Verwaltungsstreitsachen nunmehr an die damals allein vorhandenen ordentlichen Gerichte verwiesen werden sollten. Doch soll die für die Zukunft bedeutsame Entscheidung als erste Stufe eines echten Fortschritts darin erblickt werden, daß keine Verwaltungsbehörde mehr, sondern Gerichte, zur Entscheidung von Verwaltungsstreitsachen berufen sein sollten. Der damalige Versuch zur Vereinheitlichung des staatlichen Rechtsschutzes war wohl zum Scheitern verurteilt, da die bereits vor Verabschiedung der Paulskirchenverfassung am 27. 12. 1848 als besonderes Gesetz erlassenen Grundrechte schon im Jahre 1851 durch den wieder hergestellten Deutschen Bundestag aufgehoben wurden. Aber der Gedanke der „Gewaltenteilung" war doch schon zu sehr in dem Bewußtsein der Gesetzgeber verankert, als daß man bei einer neuen gesetzlichen Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Grundsatz der „Administrativjustiz" hätte zurückkehren können.

Während man zunächst noch — bes. in einigen norddeutschen Kleinstaaten und in den Hansestädten[7]) — an der Verwirklichung des Rechtsschutzes in öffentlich rechtlichen Streitigkeiten durch ordentliche Gerichte festhielt, setzte sich seit den 60er Jahren des 19. Jahrhunderts immer mehr die Ansicht durch, eine sachgerechte Entscheidung von Verwaltungsstreitsachen sei nur dann gewährleistet, wenn sie durch besondere Verwaltungsgerichte erfolge[8]). Im Jahre 1863 machte Baden mit der Einrichtung einer allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit den Anfang[9]), 1872, 1875 folgte Preußen[10]), 1876 Württemberg[11]) und in den folgenden

---

5) „Der Rechtsstaat" 1864.

6) „Der Rechtsstaat" 1872. 2. Aufl. 1899: Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland.

7) Vergl. die Zusammenfassung der betr. Vorschriften bei W. Jellinek (Verwaltungsrecht S. 91) und auch das Pr. Gesetz zur Erweiterung des Rechtsweges vom 24. 5. 1861 (G.S. S. 241).

8) Vergl. Poppitz, Arch. ö. R. 34, S. 28—35.

9) Gesetz vom 5. 10. 1863 (Reg.Bl. S. 399).

10) Pr. Kreisordnung vom 13. 12. 1872 (G.S. S. 651) und das Pr. Gesetz betr. die Verfassung der Verwaltungsgerichte und des Verwaltungsstreitverfahrens vom 3. 7. 1875 (G.S. S. 375).

11) Gesetz vom 16. 12. 1876 (Württ.Reg.Bl. S. 485).

Jahrzehnten fast alle deutschen Länder[12]). Im Reich, das nach 1871 über nennenswerte Verwaltungszuständigkeiten nicht verfügte, war ein Bedürfnis nach dem Ausbau eines einheiltlichen Verwaltugsrechtsschutzes zuächst nicht vorhanden. Es begnügte sich mit der Schaffung einiger besonderer Behörden mit verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeiten: so dem noch aus dem Norddeutschen Bund übernommenen Bundesamt für Heimatwesen (nach §§ 42 ff. Unterstützungswohnsitzgesetz vom 6. 7. 1870, BGBl. S. 368), dem Reichspatentamt (nach §§ 13 ff. Ges. v. 25. 5. 1877, RGBl. S. 501), dem Oberseeamt (gemäß §§ 27 ff. Ges. v. 27. 7. 1877, RGBl. S. 549), dem Aufsichtsamt für Privatversicherungen (§§ 70 ff. Ges. vom 12. 5. 1901, RGBl. S. 139), dem Reichsdisziplinarhof (§§ 86 ff. BRG. vom 18. 5. 1907, RGBl. S. 245) und dem Reichsversicherungsamt (§§ 83 ff. RVO. vom 19. 7. 1911, RGBl. S. 509).

Die Weimarer Reichsverfassung vom 11. 8. 1919[13]) schuf nicht nur die Möglichkeit, die Zuständigkeit des Reiches auf dem Gebiet der Verwaltung zu vermehren (Art. 14 WV), sondern sah auch die Errichtung eines einheitlichen Reichsverwaltungsgerichts vor (Art. 107 in Verb. mit Art 31 Abs. II und Art. 166 WV). Wenn auch trotz mehrfacher Anläufe das Reichsverwaltungsgericht zunächst nicht zustande kam, so nahm doch die Zahl der Sonderverwaltungsgerichte und der Sonderbehörden mit verwaltungsgerichtlicher Zuständigkeit zu, welchen die Entscheidung von Streitigkeiten, die bei Vollziehung von Reichsverwaltungsgesetzen entstanden, für je ein abgegrenztes Sachgebiet der Verwaltung im letzten Rechtszug zugewiesen wurde: so das Reichsversorgungsgericht als oberster Rechtszug für streitige Angelegenheiten der Wehrverwaltung (Ges. vom 15. 7. 22. in der Fassung vom 22. 12. 27, RGBl. I S. 533), das u. a. für Entscheidung über Ansprüche des einzelnen aus Anlaß des Friedensvertrages zuständige Reichswirtschaftsgericht (gemäß VO. vom 21. 5. 20 und Ges. vom 30. 7. 21, RGBl. S. 1046) mit dem ihm angegliederten, über Nichtigkeit von Kartellverträgen und -beschlüssen entscheidenden Kartellgericht, der Reichsfinanzhof in München, der über die streitige Pflicht zur Entrichtung von Reichssteuern entschied, die Spruchstelle für Umlegungen (nach §§ 90 ff. Umlegungsordnung vom 16. 5. 37, RGBl. I S. 629) und die Spruchstelle für Wasser- und Bodenverbände (nach §§ 133 ff. der Wasserverbandsverordnung vom 3. 9. 37, RGBl. I S. 933). Es fehlte jedoch ein diesen Verwaltungsgerichten übergeordnetes, zusammenfassendes Reichsverwaltungsgericht, ebenso wie ein den Verwaltungsgerichten der Länder übergeordnetes gemeinsames Revisionsgericht, ähnlich dem

---

12) Vergl. die Zusammenfassung der Gesetze bei Fleiner (Inst. des dt. Verwaltungsrechts S. 242 Anm. 17) und W. Jellinek (Verw.Recht S. 92 ff).

13) RG.Bl. S. 1383.

14) Erlaß vom 13. 4. 1941 durch Ges. Nr. 36 des KR vom 10. 10. 46 Amtsbl. KR S. 183 in Art. V Ziffer 3 ausdrücklich aufgehoben.

Reichsgericht auf dem Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Erst im Jahr 1941 wurde dieses Reichsverwaltungsgericht geschaffen. Es wurde nicht dem Reichsgericht etwa als Verwaltungssenat angegliedert und auch nicht, wie zum Teil vorgeschlagen, als vollkommen neues selbständiges Reichsverwaltungsgericht gegründet, sondern dem pr. OVG. wurden als dem Hauptbestandteil einige jener obersten besonderen Verwaltungsgerichte (z. B. das Reichswirtschaftsgericht, der Reichsfinanzhof) durch Erlaß vom 3. 4. 1941 (RGBl. I S. 201) mit Wirkung vom 1. 5. 1941 angeschlossen. Dieses Reichsverwaltungsgericht ging mit dem Zusammenbruch des Reiches im Jahre 1945 unter.

Diese Verwaltungsgerichte genügten jedoch noch nicht in allen Rechtszügen den heutigen rechtsstaatlichen Forderungen. „Vollwertige Gerichte" im Sinne des „Ideals richterlichen Rechtsschutzes"[15]) waren damals — sogar bis nach 1918 — nur die obersten Verwaltungsgerichte[16]). Nur diese waren mit rechtswissenschaftlich vorgebildeten Richtern — mit oder ohne Laienbeteiligung — besetzt, die an keinerlei Weisungen gebunden, unabsetzbar und unversetzbar und damit persönlich und sachlich unabhängig waren. Die Verwaltungsgerichte der unteren Rechtszüge dagegen entsprechen dieser rechtsstaatlichen Forderung vielfach nicht[17]), da sie weitgehend mit denselben Personen der unteren und mittleren Verwaltungsbehörden besetzt waren, die in der inneren Verwaltung tätig waren und sich die Sitzung eines Verwaltungsgerichts — z. B. des Kreisausschusses — von einer sonstigen Sitzung vielfach nur äußerlich „durch ein gewisses Mehr an Feierlichkeit"[18]) unterschied. Es ist keineswegs zu verkennen, daß auch diese Personen nur dem Gesetz unterworfen und keine staatliche Stelle ihnen für eine Entscheidung irgendwelche Weisungen erteilen durfte, womit ihre sachliche Unabhängigkeit in weitgehendem Maße gewährleistet erscheint. Ihnen fehlte jedoch die persönliche Unabhängigkeit[19]) und nur die „gänzliche Unabhängigkeit der Rechtsprechung von den Einflüssen der Verwaltung vermag den Staatsbürger in seinen gesetzlich anerkannten Rechten gegen mögliche Willkür einer ihm abgeneigten Regierung zu schützen"[20]). Diese Unvollkommenheit wurde von den Gesetzgebern der meisten deutschen Ländern nicht erkannt. — Im nationalsozialistischen Führerstaat, der keine Ueberwachung der Verwaltung wünschte und daher einer Verwaltungsgerichtsbarkeit im Ganzen ablehnend gegenüberstand, wurden die Verwaltungs-

---

15) W. Jellinek (Verw. Recht S. 95).

16) Drews. ZStW. 78 (1926) S. 586 ff. (599 f.).

17) Vergl. die Uebersicht bei W. Jellinek (Verw.Recht S. 94 ff.).

18) W. Jellinek, Verw.Recht S. 94.

19) Diese ist auch den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit erst in einer ein Jahrhundert währenden Entwicklung teils vor teils nach der sachlichen Unabhängigkeit eingeräumt worden.

20) Vergl. RG. St. 66, 386.

gerichte entwertet und die Unabhängigkeit des Richters sehr beengt. Ein Staat, dessen wichtigste Grundrechte nicht nur vorübergehend außer Kraft gesetzt waren, der ohne jede gerichtliche Nachprüfung Einsperrungen in Verwahrungslager zuließ, bei dem es einen „Geheimen Führerbebfehl" gab, kraft dessen wirkliche oder angebliche Geisteskranke getötet werden konnten, war das Gegenteil eines Rechtsstaates. — Die nach dem Zusammenbruch erfolgte rechtliche Sicherung auch der persönlichen Unabhängigkeit der Richter aller Rechtszüge der Verwaltungsgerichtsbarkeit und damit die völlige Gleichstellung mit den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sowie die Abtrennung von den Verwaltungsbehörden bedeutete somit die dritte Stufe eines verbesserten verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.

2. Geschichtliche Entwicklung des Gerichtsverfahrens

Neben dieser stufenweisen Verbesserung des öffentlichen Rechtsschutzes in gerichtsverfassungsrechtlichen Fragen können wir eine solche Neigung auch bei der Entwicklung des Verwaltungsgerichtsverfahrens feststellen. Die Einführung der Verwaltungsgerichtbarkeit als solcher bedeutete ja noch nicht, daß nun wegen jeder öffentlich-rechtlichen Streitigkeit die Anrufung dieser Verwaltungsgerichte freistand.

Eine solche schrittweise Verstärkung des Rechtsschutzes des Bürgers ist einmal bei der Entwicklung der Zuständigkeitsregelung der Verwaltungsgerichte für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten festzustellen. Das Bad. Gesetz vom 5. 10. 1863 hatte den Verwaltungsgerichten nur ganz bestimmte öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zur Entscheidung zugewiesen und diesem Aufzählungsgrundsatz haben sich in der Folge die meisten deutschen Länder angeschlossen. Im Geltungsbereich dieses Grundsatzes war in Wirklichkeit der Umfang des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in das Ermessen des einfachen Gesetzgebers gestellt. Der Grundsatz der Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte galt in Preußen nur auf dem Gebiete des Polizeirechts und der Gemeindeabgaben[21]).

Württemberg hatte zwar mit Gesetz vom 16. 12. 1876 auch nicht sämtliche öffentlich-rechtliche Streitigkeiten der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit unterstellt, aber doch das Verhältnis von Regel und Ausnahme insofern umgekehrt, als es allgemein für Anfechtungsklage den Weg unter der Bezeichung „Rechtsbeschwerde" zu den Verwaltungsgerichten eröffnete und lediglich einzeln aufgeführte Sachgebiete von dieser umfassenden Zuständigkeit ausnahm. (Vgl. Art. 13 des Gesetzes vom 16. 12. 1876, Württ. Reg. Bl. S. 485). In ähnlicher Weise verfuhren

---

21) Kreisordnung vom 13. 12. 1872; Ges. vom 3. 7. 1875 (Gs. S. 375); vgl. Zust. G. vom 26. 7. 1876 und vom 1. 8. 1883 und LVG. vom 30. 7. 1883.

Thüringen[22]) und Lübeck[23]). Hingegen gewährte Hamburg[24]) und Bremen[25]), welche beide erst nach dem 1. Weltkrieg von der rein justizstaatlichen Lösung zur Einrichtung von Verwaltungsgerichten übergingen, durch die Verweisung „aller Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" an die Verwaltungsgerichte einen ziemlich vollkommenen Rechtsschutz im öffentlichen Recht[26]). Auch in diesem Punkt brachten die nach 1945 erlassenen Verwaltungsgerichtsgesetze eine wesentliche Verbesserung des Rechtsschutzes insofern, als sie sich sämtlich zu dem Grundsatz der Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte bekannten.

Eine ähnliche Erweiterung des Rechtsschutzes kann man bei einem geschichtlichen Rückblick auf die Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage erkennen. Das frühere Recht war einer Feststellungsklage abgeneigt[27]). Das preuß. Recht kannte wohl die Feststellungsklage, doch galt auch für sie der Grundsatz der Einzelaufzählung[28]). Nur die Verwaltungsgerichtsgesetze von Hamburg (§ 20), Bremen (§ 28) und Mecklenburg-Strehlitz (§ 42 I Ziffer 2 des Gesetzes vom 17. 8. 1922 — Amtl. Anz. S. 473 —) kannten eine allgemein Feststellungsklage, doch wurden in der Rechtssprechung die hierdurch eröffneten neuen Rechtsschutzmöglichkeiten vielfach durch zu engherzige Auslegung des Begriffs des öffentlichen Rechtsverhältnisses verkannt[29]). Die nach 1945 allgemein in den Verwaltungsgerichtsgesetzen vorgesehene Feststellungsklage brachte ebenfalls eine wesentliche Verstärkung des Rechtsschutzes des Bürgers.

Während sonach die Feststellungsklage wenigstens zum Teil und in einem beschränkten Umfange in den früheren Verwaltungsgerichtsordnungen vorgesehen war, so war diesen einhellig jedoch die Vornahmeklage in ihrer heutigen Ausgestaltung fremd. Die Befugnisse der Verwaltungsgerichte erstreckten sich ausschließlich auf die Aufhebung von Ver-

---

22) Staatsvertrag vom 15. 12. 1910.

23) Gesetz vom 6. 12. 1916.

24) Gesetz vom 2. 11. 1921 (G.V.Bl. S. 585.)

25) Gesetz vom 6. 1. 1924 (G.Bl. S. 23).

26) Der allerdings durch Ergänzungsvorschriften aus dem Jahre 1933 und 1934 wieder erheblich eingeschränkt wurde. (Giesges, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg S. 12 ff. insbes. S. 22).

27) Vergl. van Husen, Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 38.

28) Vergl. Pr. OVG. 23, 399 ff. (401); 24, 241 ff. (243); 43, 360 ff. 364 f.) 75, 399 ff. (397). Klingler MRVO., S. 344; von de Sandt, Verwaltungsgerichtsbarkeit in dem englischen Besatzungsgebiet, S. 116. A.A. Blüher (in Sächs, OVG. 16 — 1911 — S. 1—15 und 97—120), der die Feststellungsklage überall für zulässig hielt, wo sie nicht besonders ausgeschlossen war (S. 120), und Leo Vossen (Arch., Ö.R. 24 1909 S. 202—211) der nach Preuß. Recht die Feststellungklage allgemein für zulässig hielt. Diese Auffassungen haben sich jedoch nicht durchsetzen können. Vergl. hierzu Schultzenstein (Verw.Arch. 2—1894 — S. 571—575 und 19 — 1911 — S. 579 ff.)

29) Vgl. hierzu W. Jellinek, VVDStRL. Bd. 2, S. 61/62.

waltungsverfügungen und -entscheidungen, dagegen war ihnen ein Verpflichtungsausspruch im Urteil über die Vornahme einer bestimmten Amtshandlung durch die beklagte Verwaltungsbehörde verwehrt. Wohl waren in Hamburg (§ 42 S. 2) und in Bremen (§ 48 S. 2) Klagen gegen die „Verweigerung einer Amtshandlung" ausdrücklich vorgesehen. Kam jedoch das Gericht zu der Feststellung, daß die Amtshandlung zu Unrecht verweigert worden war, so konnte es — abgesehen von Leistungsklagen im Parteistreitverfahren — lediglich die verweigernde Verfügung aufheben, die Verwaltungsbehörde jedoch darüber hinaus nicht zur Vornahme der begehrten Amtshandlung durch Urteilsspruch verpflichten[30]). Die jetzt ausdrücklich in allen Verwaltungsgerichtsordnungen und der VwGO. geregelte Vornahmeklage bzw. Verpflichtungsklage hat auch diese Lücke des Rechtsschutzes geschlossen.

Schließlich war auch die gerichtliche Nachprüfung von Ermessensentscheidungen der Verwaltungsbehörden in den früheren Verwaltungsgerichtsgesetzen überhaupt nicht oder zumindest noch sehr unvollkommen ausgestaltet. In dieser Frage zeigte sich einer der Unterschiede zwischen der früheren süddeutschen und der preußischen Lösung. Während nämlich nach den süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetzen den Verwaltungsgerichten nur der Schutz persönlicher öffentlicher Rechte anvertraut war, erstreckte sich die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nach preuß. Recht darüber hinaus auch auf Fragen des Ermessens[31]). Die heute einheitlich bestehende Möglichkeit der Nachprüfung von Ermessungsfehlern bezweckte ebenfalls eine Stärkung des Rechtsschutzes des Bürgers. Im nationalsozialistischen Führerstaat äußerte sich eine stark vertretene Meinung dahin, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem Wesen dieses Staates überhaupt unvereinbar sei[32]). Schließlich erfolgte, mitbedingt durch die Kriegsereignisse, trotz gleichzeitiger Schaffung eines Reichsverwaltungsgerichts im Jahre 1941 ein fast völliger Abbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit[33]) (s. auch S. 4 f.)

---

30) Urteil des Hamb. OVG. vom 17. 12. 1930, Entsch. III, S. 150 ff. (152).

31) Dies entsprach dem Aufbau der preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, wo nur das Gericht des letzten Rechtszugs mit rechts- und verwaltungskundigen Richtern besetzt war. In Preußen konnte nicht nur in gewissem Umfang die Rechtsmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit und Angemessenheit einer Maßnahme nachgeprüft werden. Vgl. § 47 des Zust. G. vom 1. 8. 83 (über Schulbausachen) § 56 ds., G. (über Wegebausachen). Vergl. hierzu insbes. Menger, in Bettermann-Nipperdey,Scheuner, Grundrechte III/S. 723 f.

32) Vergl. z. B. Reuss, Verw.Arch. 41 (1936) S. 213 ff. und Verw.Arch. 45, S. 154 ff. Eine gute Uebersicht über Für und Wider gibt Jerusalem, Das Verwaltungsrecht und der neue Staat, 1935, S. 26 ff.

33) Vergl. Giesges, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg S. 23 und 26.

II. Der heutige Umfang des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes

Der vorstehend in seiner geschichtlichen Entwicklung kurz geschilderte verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz wurde allgemein als unzureichend empfunden. Daher haben sich die nach 1945 ergangenen neuen Verwaltungsgerichtgesetze durchweg nicht darauf beschränkt, den früheren Zustand wieder herzustellen oder die infolge der gebietlichen Veränderungen erforderlichen Angleichungen vorzunehmen, sondern sie sind in mehrfacher Hinsicht vollkommen neue Wege gegangen. Uebereinstimmend kann für alle neuen Verwaltungsgerichtsgesetze der westdeutschen Länder, Westberlins und des Bundes die Feststellung getroffen werden, daß der Rechtsschutz des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt wesentlich verstärkt wurde. Dies mag zum Teil auf den bitteren Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit beruhen[34]). Aber es hat auch seinen Grund in den neu anfallenden Aufgaben der Verwaltung und in der gewandelten Auffassung über das Wesen und die Aufgaben des neuen Staates, die sich auf das Verhältnis des Bürgers in seiner Stellung zum Staate und damit in der Ausgestaltung des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht widerspiegelt. Die Notlage in und nach den beiden Weltkriegen haben einmal zu einer bedeutenden Ausdehnung der staatlichen Eingriffsverwaltung auch auf weite Gebiete des bürgerlichen Lebens — einschneidend besonders in Wohnungswesen[35]) und in der Güterverteilung — geführt, wobei wesentlich war, daß sich die bisherige Ordnung der Dinge nicht von selbst wieder herstellte. Der Staat sieht sich jetzt nicht mehr einer als „gegeben hingenommenen Sozialordnung" gegenüber, sondern er muß diese erst schaffen oder doch gestaltend in sie eingreifen. Diese Ordnung ist nicht mehr „Gegebenheit, sondern Aufgabe und Gegenstand der Gestaltung"[36]). Damit sind die Zeiten des reinen „Rechtsbewahrstattes"[37]) und des berühmten Lasalle'schen „Nachtwächterstaats" unwiederbringlich vorbei. Der Bürger fordert vom Staat nicht n u r Freiheit von rechtswidriger Beeintächtigung, sondern dazu auch Sicherheit, Hilfe und „Daseinsvorsorge" (Forsthoff). Diese — übrigens in allen Ländern —[38]) zu beobachtende Hinwendung zum „Wohlfahrtsstaat"[39]) hat sich nicht so sehr im Verfassungsrecht, sondern im Verwaltungsrecht vollzogen und das Verwaltungsrecht von Grund auf verändert. Es

---

34) Vergl. Bachof, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht, DÖV., 53, 417 ff.

35) Vergl. hierzu Gut-Heilmann, Handwörterbuch des Wohnungswesens, 1930, S. 515 ff. (bes. S. 517/18 und 529).

36) So Forsthoff, Verw.Recht I 3. Aufl. S. 50

37) Krüger, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 51 361 ff (364).

38) Vergl. Kaskel-Schlesinger, Monopole-Trusts-Kartelle, 1951, S. 8.

39) Unter dem selbstverständlichen Vorbehalt, daß Wohlfahrtsstaat nicht im Sinne eines Rentenempfängerstaats verstanden wird, ist gegen diesen Begriff nichts einzuwenden. Vergl. Adolf Weber, Volkswirtschaftspolitik 1951, S. 23.

hat ein zweischichtiges Gefüge[40])) bekommen, neben die Eingriffsverwaltung ist die Leistungsverwaltung als gleichwertige Aufgabe des Staates getreten.

Diesem grundsätzlichen Wandel des Verwaltungsrechts und der Stellung des Bürgers zu seinem Staat war der bisher in Verwaltungsstreitsachen gewährte verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz nicht mehr gewachsen. Die neuen Verwaltungsgerichtgesetze haben durch die heutige Ausgestaltung des Rechtsschutzes dem weitgehend Rechnung getragen.

Eine wesentliche Verstärkung dieses Rechtsschutzes ist einmal darin zu sehen, daß wir jetzt in der Verwaltungsgerichtsbarkeit in allen Rechtszügen Verwaltungsgerichte haben, die mit sachlich und persönlich unabhängigen Richtern besetzt und vom Behördenaufbau der Verwaltung selbst losgelöst sind.

Eine weitere Verbesserung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes liegt darin, daß nunmehr einhellig der Grundsatz der Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gilt. Dem zuständigen Anwachsen dieser Streitigkeiten konnte nämlich nicht dadurch begegnet werden, daß das Reichsgericht in Erkenntnis der rechtspolitischen Notwendigkeit, auch öffentlich-rechtliche Streitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten auszutragen, seine Zuständigkeit auch weitgehend in den Bereich des öffentlichen Rechts hinein bejahte und zunächst mit der Auffassung, vermögensrechtliche Streitigkeiten gehörten grundsätzlich dem bürgerlichen Recht an[41]), später durch sein Beharren auf der Entscheidungsbefugnis über „bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten kraft Ueberlieferung“[42]) seine Stellung hielt[43]). Soweit nicht einzelne Stimmen zur grundsätzlichen Lösung dieser Fragen vor den ordentlichen Gerichten laut wurden und man eine solche aus rein geschäftsaufbaumäßigen Gründen für erwägenswert hielt[44]), bestand in Wissenschaft und Rechtsprechung im wesentlichen Einigkeit über das Erfordernis des Grundsatzes der Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten[45]). Dieser Grundsatz, der mittelbar durch Artikel 19 IV GG. und besonders durch die entsprechenden Bestimmungen der Länderverfassungen (z. B. Art 67 LV für Baden-Württemberg) geschützt wird, liegt im Wesen des freien Rechtsstaates begründet, mag er auch gleichzeitig die Gefahr einer Ueberspitzung in sich bergen[46]). Der Rechtsstaat ist zu einem „Rechtswegstaat“ geworden, wie Jahrreiß auf dem Juristentag 1949 ausgerufen hat.

---

40) Vergl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. S. 66.

41) So besonders in der Entscheidung vom 30. 4. 1920 (RGZ. 99, 45).

42) Vgl. Lassar. Der Erstattungsanspruch im Verw.- und Finanzrecht 1921 S. 81.

43) Vergl. Naumann, JZ. 51, S. 205 ff

44) W. Jellinek, VVDSt. RL. 2, S. 8, 12 und Schlußwort S. 120.

45) Vergl. W. Jellinek a.a.O. S. 58 („Der Generalklausel gehört die Zukunft“) und Fleiner, Institutionen, S. 255.

46) Vergl. hierzu bes. v. Turegg, Gefährliche und gefährdete Generalklausel, 1956.

Die Entwicklung unseres Staates zum „Wohlfahrtsstaat“ festigte auch die Erkenntnis, daß dieser notwendig mit ganz andern Mitteln arbeiten muß und eine ganz andere Stellug zu seinem Bürger einnimmt, als der ausgeprägt obrigkeitliche „Rechtsbewahrstaat“. Der bisher ausschließlich auf den Bereich der Eingriffsverwaltung ausgerichtete verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz war der Tatsache nicht mehr gewachsen, daß der neue Staat nicht mehr nur durch Befehl und Zwang arbeitet, sondern auch durch Gewährung und Vorenthaltung von Wohltaten eingreift. In Erkenntnis dieser neuartigen Verwaltungsaufgabe wurde der Rechtsschutz des Bürgers durch die einheitlich in allen neuen Verwaltungsgerichtsordnungen ausdrücklich geregelte Vornahmeklage erweitert. Die Einführung dieser neuen Klageart hat wohl eindeutig die Auffassung widerlegt, die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte erschöpfe sich ausschließlich in der Aufhebung nachteiliger Verwaltungsverfügungen und dürfe in keinem Falle in die Tätigkeit der Verwaltung eingreifen.

Eine besondere Verstärkung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes bedeutete auch die allgemeine Einführung der bisher schwer um ihre Durchsetzung ringenden verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage. Maßgebend hierfür war der Gedanke, einen für das öffentliche Recht gleichberechtigten Rechtsschutz auch auf diesem Gebiet wie für das bürgerliche Recht zu schaffen[47]). Eine weitere Verbesserung des bisherigen Rechtszustandes brachten die neuen Verwaltungsgerichtsordnungen auch in der Frage der Nachprüfung behördlicher Ermessensentscheidungen. Während früher — mit Ausnahme des preußischen Rechts (Vergl. S. 7 Anm. 31) dieses Ermessen grundsätzlich für unüberprüfbar galt[48]), sind heute durchweg Ermessensentscheidungen auf Ermessensfehler — nicht jedoch auf deren Zweckmäßigkeit hin — nachprüfbar.

Der Rechtsschutz des Bürgers wurde auch insofern verstärkt, als nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen auf Grund einer Anordnung des Verwaltungsgerichts die Aussetzung der sofortigen Vollziehung einer Verwaltungsverfügung ausgesprochen werden kann. Heute können die Verwaltungsgerichte die aufschiebende Wirkung, die Einspruch bzw. Beschwerde oder Klage kraft Gesetzes haben, die aber durch eine sofortige Vollziehungsanordnung der Behörde oder durch eine allgemeine gesetzliche Vorschrift[49]) wieder aufgehoben werden kann, wiederherstellen, indem sie auf Antrag einer Partei nach Erhebung der Klage durch Beschluß die Vollziehung aussetzen.

---

47) Bauer, Wiederaufbau der Verwaltungsrechtspflege, SJZ. 46, 149 ff. (152).

48) Davon gab es nur dann eine Ausnahme, wenn die Ermessensentscheidung ausschließlich auf Willkür oder Schikane beruhte, d. h. wenn eine pflichtgemäße Prüfung überhaupt unterlassen oder wenn aus ausgesprochen pflichtwirdigen Beweggründen gehandelt worden war. (Vgl. DVBl. 53, S. 387 - 389 -).

49) Beschl. d. VGH. Stuttgart vom 30. 3. 51, Staats-Anz. Nr. 84 vom 31. 10. 51. Ebenso im Ergebnis-Beschluß des LVG-Hannover vom 28. 10. 49 DV. 50- 346.

Die in § 25 VGG. vorgesehene Möglichkeit der selbständigen Rechtssatzüberprüfung durch Verwaltungsgerichte weist sehr stark vorbeugende Züge auf und brachte ebenfalls eine Verstärkung des Rechtsschutzes durch Verwaltungsgerichte. Der Einwand, diese Einrichtung stoße mit der Verfassungsgerichtsbarkeit zusammen, da Gesetze geprüft werden sollen, wurde dadurch ausgeräumt, daß der Ueberprüfung nur die im Range unter dem Gesetz stehenden Rechtsvorschriften unterworfen sind.

Der kurze geschichtliche Rückblick verglichen mit dem heutigen Umfang der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat eindeutig ergeben, daß jede Neuerung auf dem Gebiete des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ausschließlich von der Absicht geleitet war, vor allem den Rechtsschutz des Bürgers gegenüber Maßnahmen des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Gewalt zu verstärken. Nehmen wir noch die in bisher nie gekanntem Ausmaß geschaffene Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit hinzu und bedenken wir, daß die allgemein zu beobachtende Ausdehnung der Begriffe im sachlichen Verwaltungsgericht — wie z. B. der persönlichen öffentlichen Rechte oder der sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe — mittelbar ebenfalls einen vermehrten Rechtsschutz des Bürgers bezwecken soll, so finden wir diese Neigung, den Rechtsschutz des Bürgers im öffentlichen Recht stetig auszubauen, bestätigt. Nun ist aber die Verwaltungsgerichtsbarkeit eines der jüngsten Kinder des deutschen staatlichen Lebens. Ihr knapp 100jähriger Bestand stempelt sie im Vergleich zu anderen staatlichen Einrichtungen zu einem „Jugendlichen Geschöpf", dessen Entwicklung noch nicht abgeschlossen und äußeren Einflüssen in wechselndem Maße unterworfen ist[50]). Damit ist die Frage aufgeworfen, welchen Umfang der dem Bürger gewährte, im Laufe der geschichtlichen Entwicklung immer mehr verstärkte Verwaltungsrechtsschutz nach den Forderungen des heutigen sozialen Rechtsstaates haben kann und haben soll. Unsere Untersuchung über den vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit soll der Prüfung dienen, ob und wieweit sich der Staatsbürger nach geltendem Recht gegen ihm drohende, aber noch nicht erlassene, Verwaltungsmaßnahmen mit den Mitteln des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes wirksam schützen kann und welche Forderungen gegebenenfalls beim Fehlen eines solchen Rechtsschutzes an die künftigen Gesetzgeber erhoben werden müssen.

III. Gesetzliche Grundlagen der Untersuchung.

Da sowohl das Landesgesetz vom 14. 4. 1950 für Rheinland-Pfalz (GVBl. S. 103) — rh. pf. VGG. — wie auch die in den anderen süddeutschen Ländern geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze in den einschlägigen Fragen keine grundsätzlichen Abweichungen von dem nun in

50) Vergl. Bauer SJZ. S. 149.

Baden-Württemberg geltenden Verwaltungsgerichtsgesetz vom 12. Mai 1958 (GBl. S. 131) — VGG. — enthalten, erscheint es gerechtfertigt, dieser Untersuchung in der Hauptsache die Regelung in diesem VGG. zugrundezulegen und auf diejenige in den übrigen süddeutschen Ländern nur insoweit einzugehen, als die Unvollständigkeit der dort enthaltenden Bestimmungen Anlaß zu Zweifeln über die Verfahrensgestaltung bietet. Eine etwas größere Aufmerksamkeit werden wir jedoch — sofern wesentliche und grundsätzliche Unterschiede ersichtlich sind — den Regelungen im Gesetz über die Verwaltungsgerichtbarkeit in dem früheren englischen Besatzungsgebiet v. 15. 9. 48 (ABl. br. MR. Nr. 24, S. 77 — VOBlbr. Z 1948, S. 263) — MRVO. Nr. 165 — zuwenden müssen, da dieses Gesetz bei der Verfahrensausgestaltung teilweise eigene Wege gegangen ist. Vergleichsweise sollen schließlich noch die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. 9. 1952 (BGBl. I 625) — BVerw. — und in einem Anhang die Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes — VwGO. — mit herangezogen werden.

2. Abschnitt:

Gegenstand der Untersuchung und Begriffsbestimmung

I. Gegenstand der Untersuchung an Hand von Beispielen aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.

Der Gegenstand unserer Untersuchung und die sich hauptsächlich ergebenden Fragestellungen lassen sich besonders anschaulich an Hand von Beispielen aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung aufzeigen.

1) Der Kieler Polizeipräsident hielt das Verabreichen von Kaffee und sonstigen Getränken im „Institut für Weltwirtschaft und Seeverkehr" für genehmigungspflichtig. Der Direktor war anderer Ansicht, da die Ausschankhalle nur Zubehör zu einer Unterrichtsanstalt sei und folglich nach § 6 Gew.O. überhaupt nicht unter die Gewerbeordnung falle. Der Polizeipräsident wies auf das Unerlaubte des ungenehmigten Betriebes hin und stellte die Anrufung der Staatsanwaltschaft in Aussicht. Die Rechtsmittel im Verwaltungsweg wurden als unzulässig abgewiesen, weil nur eine Warnung des Polizeipräsidenten, aber keine echte Verfügung vorliege[51]).

---

[51]) Der berühmte Fall des Kieler „Weltwirtschaftsinstituts". Vergl. W. Jellinek, VVDStRL. 2 S. 62. In Preußen gab es für diesen Fall allerdings keine Feststellungsklage.

Könnte gegen diese „Warnung" mit der Anfechtungsklage vorgegangen werden? Wäre etwa eine Feststellungsklage möglich oder könnte gar durch eine Unterlassungsklage die Polizei zum Unterlassen der drohenden Untersagungsverfügung verpflichtet werden?

2) Eine Gebietskörperschaft verfügt, daß ein Unternehmer wegen seines Verhaltens während der Geschäftsverbindung bei der Vergebung öffentlicher Aufträge nicht mehr zu berücksichtigen sei („Auftragssperre"). Sie plant, diesen Entschluß durch eine Weisung an die nachgeordneten Dienststelle kundzutun[52]).

Der Unternehmer, der die tatsächlichen Voraussetzungen für ein solches Vorgehen der Verwaltungsbehörde bestreitet, möchte sich hiergegen im Wege der Klage zur Wehr setzen. Kann er dies mittels einer Unterlassungsklage tun und welcher Rechtsweg ist für eine solche Klage eröffnet?

3) Ein Kreisverband kündigt einem Triebwerksbesitzer an, daß er einen Wasserlauf umleiten werde, wodurch dessen verliehenes Wassernutzungsrecht in Wirklichkeit vernichtet wäre[53]).

Liegt in dieser Ankündigung nur die unverbindliche Mitteilung über ein Vorhaben des Kreises in Ausübung bürgerlich-rechtlicher Tätigkeit als Bauunternehmer oder ist darin die verbindlich sein sollende Willensäußerung einer Behörde zu erblicken, daß der Wassernutzungsberechtigte zur Duldung des Verfahrens kraft öffentlichen Rechts verpflichtet sei? Welche verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten stehen dem Betroffenen zur Abwehr dieser drohenden Maßnahme zur Verfügung?

4) Jemand fühlt sich durch unrichtige Angaben in einer von einem Bundesministerium herausgegebenen politischen Druchschrift in seinen Rechten verletzt[54]).

Steht dem Betroffenen für sein Begehren auf Unterlassung dieser unrichtigen Angaben der ordentliche oder der Verwaltungsrechtsweg offen? Kann die Verbreitung der Druckschrift im Wege der einstweiligen Verfügung bis zu jener Entscheidung verboten werden?

5) Das zuständige Ministerium weist die Baugenehmigungsbehörde an, die Verwendung bestimmter Baustoffe wegen ihrer angeblichen Feuergefährlichkeit zu unterbinden[55]).

---

52) Vgl. U. des BVerwG. vom 7. 11. 57 (BVw. GE. 5 , S. 325 und auch BGHZ. 14, S. 222), das hierfür eine Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht für zulässig hält.

53) Württ. Bad.-VGH-Beschluß vom 31. 3. 49 in NJW 49 S. 838 ff., mit Anmerkung von Bachof.

54) OLG. Köln vom 19. 11. 51 in NJW. 52 S. 187 ff. mit Anmerkung von Bettermann DVBl. 52 312 = DÖV. 52 284 ff. mit Anmerkung von Klein = JZ. 52 S. 221 ff. mit Anmerkung von Walz.

55) Mitgeteilt von Bachof in der Anmerkung zu einem Urteil des Bez. VG. Berlin vom 27. 1. 50 DÖV. 50 S. 310.

Schon das Bestehen dieser Anweisung vermag, wenn sie veröffentlicht wird oder sich auch nur herumspricht, zu bewirken, daß jene Baustoffe, um Anstände zu vermeiden, nicht mehr verwendet werden.
Der Hersteller kann somit schweren Schaden nehmen, ohne daß es überhaupt zu einem tatsächlichen Verbot durch eine Verwaltungsverfügung zu kommen braucht. Welche verwaltungsgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten sind dem Betroffenen eröffnet, um diese ihn schwer schädigende Anweisung zu beseitigen und den Erlaß zukünftiger entsprechender Verwaltungsmaßnahmen zu verhindern?

6) Die Polizei beschlagnahmt in den Geschäftsräumen des Klägers einige Ausgaben von Zeitschriften. Der Kläger beantragt: 1. die Beschlagnahmeverfügungen aufzuheben, 2., festzustellen, daß die beklagte Behörde verpflichtet sei, weitere Beschlagnahmen auf Grund der angeführten Verordnung zu unterlassen[56]).

Kann der Antrag einer Feststellungklage etwa mit der Begrüdung abgelehnt werden, dem geltenden Recht sei eine Klage auf Unterlassung einer Verwaltungsverfügung und folglich auch eine dahingende Feststellungsklage unbekannt?

7) Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts — Industrie- und Handelskammer — richtet an eine Reihe ihrer Mitglieder, die in der Zeitung des Klägers Anzeigen aufgeben, ein Rundschreiben mit der Anregung, Anzeigen in der kommunistischen Zeitung des Klägers zu unterlassen[57]).

Ist für eine Klage auf Unterlassung solcher Rundschreiben der Weg zu den ordentlichen oder zu den Verwaltungsgerichten gegeben?

8) Der Kläger vertreibt seit 15 Jahren eine Steuerfibel „Einkommensteuer" zu DM 4.80 (118 Seiten). Das Bundesfinanzministerium gibt nun eine wesentliche billigere Steuerfibel „Ihre Einkommenssteuererklärung für DM 0.50 (240 Seiten) heraus. Der Kläger beantragt, da er den Vertrieb zu diesem niedrigen Preis für wettbewerbsrechtlich unzulässig hält, dem beklagten Finanzamt den Vertrieb der Steuerfiebel zu untersagen[58]).

Welcher Rechtsweg ist für eine solche Unterlassungsklage gegeben?

9) Der Kläger beantragt festzustellen, daß die Behörde nicht berechtigt sei, eine Werkwohnung auf dem Hof des Klägers zu beschlagnahmen, und den Wohnungsinhaber wieder in die Wohnung einzuweisen, nachdem dieser die Arbeit beim Kläger niedergelegt hat und durch gerichtliches Urteil zur Räumung derselben verurteilt worden ist[59]).

---

56) U. d. Hamburg OVG. vom 27. 9. 51, DVBl. 52 S. 86 = MDR. 52, 186.
57) U. d. BGH. vom 30. 11. 55 in DVBl. 56 S. 454.
58) U. d. KG. vom 18. 9. 56 mit Anmerkung von H. Schneider, NJW. 57, 1076 ff.
59) U. d. OVG. Münster vom 8. 2. 57, NJW. 57, 1251.

Kann der Kläger eine Feststellungsklage, die Behörde sei zum Erlaß der drohenden Verwaltungsverfügung berechtigt, erheben? Ist eine Unterlassungsklage zur Abwehr der drohenden Verwaltungsverfügung zulässig?

10) Der Hafenschiffahrtsverband des Hamburger Hafens — ein eingetragener Verein — klagt gegen die Wirtschaftsbehörden auf Feststellung, daß die Entgelte der Hafenschiffahrt Festpreise und nicht — wie die beklagte Behörde schriftlich geäußert hatte — Höchstpreise seien[60]).

Ist die zur Abwehr einer drohenden Verwaltungsverfügung erhobene Feststellungsklage etwa wegen Fehlens eines feststellbaren Rechtsverhältnisses unzuläsig?

11) Eine Stadtgemeinde verlangt — sich stützend auf Bestimmungen des badischen Landeswohnungsgesetzes — vom Kläger den Wiederaufbau seines bombengeschädigten Hauses. Sie tut ihren diesbezüglichen Willen in einem Schreiben kund, in welchem unter Setzung eines bestimmten Zeitpunktes zur Antwort dem Kläger mitgeteilt wird, daß danach das Verfahren zur zwangsweisen Durchführung des Wiederaufbaus eingeleitet werde[61]).

Gewährt hier die Anfechtungsklage Rechtsschutz? Oder kann sich die Klägerin mittels Feststellungsklage oder Unterlassungsklage gegen die geplante Verwaltungsmaßnahme wirksam schützen und zur vorläufigen Sicherung ihrer Rechte den Erlaß einer einstweiligen Verfügung erwirken?

12) Der Pächter eines Grundstücks überbaute bei Errichtung eines Behelfsheimes das Nachbargrundstück. Der überbaute Nachbar klagte auf Abbruch vor dem ordentlichen Gericht und erhielt ein obsiegendes Urteil. Um der Vollstreckung zu entgehen, beantragte der verurteilte Ueberbauer bei der Behörde, sie solle das von ihm überbaute Gebäude nach dem Reichsleistungsgesetz für ihn in Anspruch nehmen. Die Behörde hält eine Ortsbesichtigung ab und trifft auch sonst Anstalten, aus denen der betreffende Grundstückseigentümer entnehmen kann, die Behörde werde demnächst tatsächlich eine solche Leistungsanforderung erlassen[62]).

Kann der Kläger zur Abwehr dieser drohenden Verfügung die Feststellungsklage oder Unterlassungsklage erheben?

13) Das beklagte Regierungspräsidium schreibt für eine Stadt eine zweite Apotheke aus. Der Kläger als Inhaber der bisher einzigen Apotheke am Ort will sich gegen die Ausschreibung und Vergebung des Be-

---

60) Naumannn in Verhandlungen des 38. Dt. Juristentages, Abt. D., S 18 ff. (33).

61) Dieses sowie das unter Ziffer 14 angeführte Beispiel hat der Verfasser während seiner Tätigkeit beim Verwaltungsgerichtshof Bebenhausen in Erfahrung gebracht.

62) Naumann a.a.O., S. 34.

triebsrechts für eine zweite Apotheke im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage zur Wehr setzen[63]), [64]).

Welche verwaltungsgerichtliche Klageart muß er wählen, um dies in wirksamer Weise zu erreichen?

14) Die Behörde plant und beginnt eine Wasserführung trotz Widerspruchs der Anlieger, obwohl das wasserpolizeiliche Verfahren noch gar nicht durchgeführt, sondern als vorläufige Maßnahme schon die ganze Vollendung der Durchführung vom Staat gestattet ist.

Welche verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten stehen dem Betroffenen zur Verfügung, um wirksam gegen die überfallartige Vollstreckung der drohenden Verwaltungsmaßnahme vorzugehen?

Diese Beispiele mögen für die Fragestellung der vorliegenden Untersuchung genügen. Sie sind der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung entnommen, wobei lediglich geringe Aenderungen vorgenommen wurden, um die für die vorliegende Untersuchung wesentlichen Fragen herauszustellen.

Sie ließen sich noch beliebig vermehren, da sich jedoch die dabei auftauchenden Rechtsfragen wiederholen, mag eine weitere Aufzählung unterbleiben. Im übrigen wird im Verlaufe der weiteren Untersuchung die betreffende Fragestellung noch durch zusätzliche Beispiele verdeutlicht.

II. Begriffsbestimmungen und Abgrenzungen.

1. Begriffsbestimmungen.

Diese Beispiele haben die Frage nach einem vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit aufgeworfen, wie er bereits für die ordentliche Gerichtsbarkeit im Anschluß an § 1004 BGB. entwickelt worden ist[65]). Zum Verständnis der im Rahmen dieser Untersuchung auftauchenden Fragen ist jedoch eine kurze Bestimmungen der hier verwendeten Begriffe „vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit“ unumgänglich.

a) Rechtsschutz

Auch das Handeln des Staates und sonstiger Träger öffentlicher Gewalt ist — da es ja von Menschen bewirkt wird — wie alles menschliche Tun nicht unfehlbar, sondern dem Irrtum unterworfen. Die Verwaltung kann nun, vor allem wenn der Irrtum zu ihren Lasten geht, diesen selbst u. U. durch Ueberwachung im Wege der Dienstaufsicht beheben. Diese

---

63) Vgl. OVG. Lüneburg. Beschl. vom 31. 3. 1950 AS. Bd. 1, Nr. 35, S. 228 ff.

64) VGl. auch OVG. Lüneburg. Beschl. vom 28. 1. 1959 NJW. 59, 1197.

65) Vergl. zu der Entwicklung im bürgerlichen Recht: Flad, von der Unterlassungsklage, Iher. Jb. 70, 337; Stefan, die Unterlassungklage 1908 S. 138.

Selbstberichtigung durch die Verwaltung ist jedoch zu unvollkommen, um den Bürger wirksam gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen zu schützen. Vielmehr muß dieser selbst eine Handhabe besitzen, um gegen seiner Ansicht nach ungerechtfertigte Maßnahmen der Verwaltung vorzugehen.

Der Bürger könnte gegenüber behördlichen Maßnahmen zur Selbsthilfe greifen, etwa in Form des Ungehorsams gegen eine Anordnung, des Widerstands gegen die Staatsgewalt oder gar durch Beleidigung der Behörde[66]). Aber ganz abgesehen davon, daß die Selbsthilfe ebenfalls nur ein sehr dürftiger Rechtsschutz - Notbehelf wäre[67]), ist sie gegen den Staat grundsätzlich unerlaubt[68]) und Widerstand gegen die Staatsgewalt rechtswidrig und in der Regel auch strafbar[69]). Dies kann aus Gründen der Rechtssicherheit auch gar nicht anders sein, weil sonst die geordnete Verwaltung Gefahr liefe, Widerstand der Bürger auch dann zu begegnen, wenn sie im Recht ist, der Betroffene aber irrtümlich das Recht auf seiner Seite glaubt. Das daher anzuerkennende grundsätzliche Verbot der Selbsthilfe kann jedoch nur dann Geltung beanspruchen, wenn der Staat seinerseits dem Bürger andere wirksame Rechtsschutzmittel zur Verfügung stellt. Dem Bürger bleibt nämlich dann die dem Staat unerwünschte Selbsthilfe als einziges Mittel zur Durchsetzung seiner Rechte, wenn ihm deswegen der ordentliche oder der Verwaltungsrechtsweg versagt ist[70]). Je mehr sich auch der vorbeugende gerichtliche Rechtsschutz des Bürgers gegenüber dem Staat verbessert, desto seltener wird die Selbsthilfe werden[71]). Das grundsätzliche Verbot der Selbsthilfe einerseits und die ausnahmsweise Zulässigkeit der — für Staat und Bürger — unerwünschten Selbsthilfe bei fehlenden oder unvollkommenen anderen Rechtsschutzmöglichkeiten andererseits machen es dem Staat zur vornehmen Pflicht, den Rechtsschutz im öffentlichen Recht möglichst lückenlos auszubauen. Rechtsstaat bedeutet nach heutiger Auffassung nicht nur die Bindung der Träger öffentlicher Gewalt an Verfassung, Gesetz und

---

66) W. Jellinek VVDStRl. 2 S. 50

67) Sie ist nämlich begrifflich nur als Ungehorsam gegen eine bereits erlassene Verwaltungsmaßnahme, jedoch nicht zur Vornahme oder Unterlassung einer solchen denkbar.

68) Im bürgerlichen Recht ist sie dagegen ein zulässiges Rechtsschutzmittel gegenüber den Rechtsgenossen sowohl in der Form des Angriffs als auch der Verteidigung. (§§ 227—229, 904 BGB.).

69) Vergl. Pr. OVG. 53/255; BGHZ. U. v. 9. 7. 53, NJW. 53, 1639; Jellinek DRZ. 47,8.

70) W. Jellinek, VVDStRL. 2 S. 51. Die Selbsthilfe ist auch dem Bürger unerwünscht, da sie für ihn immer eine gewisse Gefahr in sich birgt. Denn jede Verwaltungsverfügung hat die Vermutung der Gültigkeit für sich und jede fehlerhafte ist im Zweifel nur anfechtbar, aber nicht nichtig und solange sie nicht angefochten ist, erzeugt sie volle Wirksamkeit.

71) Hierauf hat zu Recht W. Jellinek (Nachtrag zum Verwaltungsrecht 1950, S. 21) hingewiesen.

Recht (Art. 20 III GG. — Vorrang des Gesetzes —), nicht nur die Anerkennung eines staatsfreien Bereichs der Einzelpersönlichkeit durch die Grundrechte (Art. 1 ff. GG.), sondern auch — und nicht zuletzt — Schutz dieser Rechtsstellung durch besonders hierfür bereitgestellte Einrichtungen und Maßnahmen[72]). Die Lehren von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, den Rechtsverhältnissen und den Tatbeständen stünden auf dem Papier, wenn es nicht Einrichtungen gäbe, um den Vorschriften der Gesetze Geltung zu verschaffen[73]).

Dieser Forderung ist der Staat nachgekommen und hat rechtsschutzgewährende Einrichtungen geschaffen, die bei der Verwaltung selbst liegen und er hat auch unabhängige Gerichte mit der Warnehmung des Rechtsschutzes des Bürgers in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten beauftragt. Unter dem Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht kann man sowohl die Möglichkeit, die förmlichen und nicht förmlichen Rechtsbehelfe innerhalb der Verwaltung geltend zu machen, als auch die Einräumung des Schutzes durch Verfassungs-, Verwaltungs-, Strafgerichte und ordentliche Gerichte verstehen[74]). Man kann diesen Begriff aber auch ausschließlich auf den Schutz durch echte Gerichte beschränken, welche zur Verwirklichung von Ansprüchen des Einzelnen mit staatlicher Entscheidungs- und Zwangsgewalt ausgestattet sind[75]). Nach dieser letzten Auffassung wendet sich der Kläger mit der Bitte um Rechtsschutz notwendig immer an das Gericht — nicht wie bei den Rechtsbehelfen innerhalb der Verwaltung an die Verwaltungsbehörde — da die beklagte Behörde wohl durch Erfüllung des sachlichen Anspruchs die Bitte um Rechtsschutz gegenstandslos machen, jedoch niemals Rechtsschutz gewähren kann[76]). Die gewählte Begrenzung unserer Untersuchung auf den Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit enthebt uns einer abschließenden Entscheidung, ob es heute noch ratsam ist, nachdem durch den Grundsatz der Allzuständigkeit der Verwaltunggerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten auch für dieses Gebiet ein echter gerichtlicher Rechtsschutz eröffnet worden ist, für die Rechtsbehelfe innerhalb der Verwaltung den Begriff Rechtsschutz — auch in Verbindung „Ver-

---

72) Vergleiche bayr. Verf. GH., U. vom 17. 2. 51, Verw. Rsp. 3 Nr. 88 S. 393 ff. Hans Kelsen, Justiz- und Verwaltung, S. 22 ff.; Ernst Kern, Mod. Staat und Staatsbegriff, 1949, S. 77 ff.

73) Zwar wirkt sich die „Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht" zwangsläufig zu Gunsten des Betroffenen aus und gewährt ihm insofern einen mittelbaren Schutz im weitesten Sinn gegenüber staatlichen Maßnahmen. Dies wollen wir jedoch nicht als Rechtsschutz bezeichnen.

74) „Verwaltungsrechtsschutz" so etwa Herrntritt, Grundlehren des Verw.-R. 1921, S. 455 (456); Otto Mayer, dt. Verw.-R. Bd. I, 1914, S. 125, der von einem „Schutze im Wege des Rechtens" spricht (S. 124). Fleiner, Inst. S. 16 ff. S. 236, W. Jellinek, Verw.Recht S. 12 ff. S. 288 ff.

75) So Menger, System, S. 55.

76) Vergl. Menger a.a.O., S. 56.

waltungsrechtsschutz" — zu verwenden[77]). Im Rahmen dieser Untersuchung soll der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nur beschränkt werden auf den Schutz durch Gerichte im allgemeinen und durch Verwaltungsgerichte im besonderen.

b) Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Gerichtsbarkeit soll als Begriff der Zuständigkeit gebraucht werden und bezeichnet den Gegenstand der Zuständigkeit von Gerichten überhaupt im Gegensatz zu denjenigen anderer Staatswirkglieder wie etwa der Verwaltungsbehörden. Im Laufe der letzten hundert Jahre ist diese Gerichtsbarkeit in immer stärkerem Maße in einzelne Zweige aufgegliedert worden[79]). So gibt es sie heute in Form der Staats-, der Verfassungsgerichtsbarkeit, der allgemeinen und besonderen bürgerlichen Gerichtsbarkeit, der allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Strafgerichtsbarkeit. Verwaltungsgerichtsbarkeit ist also innerhalb der allgemeinen Gerichtsbarkeit die Bezeichnung für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte[80]). Verwaltungsgerichtsbarkeit ist ein Zweig der Gerichtsbarkeit[81]). Unser geschichtlicher Rückblick hat uns gezeigt, daß die Verwaltungsgerichte nicht immer in allen Rechtszügen als echte Gerichte im heutigen Sinn ausgestaltet waren. Es erhebt sich somit die Frage, ob die heutigen allgemeinen Verwaltungsgerichte[82]) den sog ordentlichen Gerichten gleichgeordnete und gleichwertige Träger der Gerichtsbarkeit sind, denn nur dann kann man bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit von einem gleichwertigen Zweig der Gerichtsbarkeit sprechen.

Die Gerichte üben einmal — vorwiegend — Rechtsprechung im sachlichen Sinn aus. Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, wollten wir hier diesen schillernden Begriff im einzelnen bestimmen[83]). Wir sind jedoch der Auffassung, daß man an der Unterscheidung von Rechtsprechung im sachlichen und im förmlichen Sinn festhalten sollte. Die Meinungen, was nun wirklich unter Rechtsprechung im sachlichen Sinn verstanden werden soll, gehen erheblich auseinander. Die Gleich-

---

77) Menger a.a.O., S. 56, Anm. 3 will für die förmlichen und formlosen Rechtsbehelfe die Bezeichnung „Verwaltungsweg" vorschlagen. Empfehlenswert ist, hier von „Rechtsschutz im Verwaltungsweg" zu sprechen.

79) Ob diese Aufgliederung zu begrüßen ist, mag hier dahinstehen. Vgl. die Berichte auf dem 42. dt. Juristentag, NJW. 57, 1509 (1510).

80) W. Jellinek, Verw. R. S. 299; Ule, BGG. und Verw.-Gerichtsbarkeit, S. 9—13.

81) Merkl, Allg. Verw.Recht, 1927, S. 373.

82) Ob dies für die besonderen Verwaltungsgerichte in allen Fällen zutrifft, bedarf hier keiner Prüfung. (Vgl. Menger, System, S. 58 Anm. 2.)

83) Das BVerfG. (Beschl. vom 14. 10. 58, NJW. 58, 1963) hat neuerdings die Streitfrage, ob es eindeutige sachliche Unterscheidungsmerkmale für den Begriff der rechtsprechenden Gewalt gebe, ausdrücklich offen gelassen.

setzung von Rechtsprechung und Streitentscheidung[84]) ist jedoch zu eng, da sie wichtigste Aufgaben unserer Gerichte, wie etwa die verwaltungsgerichtliche und die verfassungsgerichtliche selbständige Rechtssatzüberprüfung und auch die Strafgerichtsbarkeit — falls man der weit verbreiteten Ansicht zustimmt, sie sei keine Streitentscheidung — ausschließt Wohl kann man den Satz aufstellen, j e d e Streitentscheidung durch einen unabhängigen Dritten sei Rechtsprechung[85]), aber man kann diesen nicht umkehren und sagen, n u r Streitentscheidung sei Rechtsprechung. Man muß somit zur Streitentscheidung als dem Kern der Rechtsprechung unbedingt noch solche Tätigkeiten hinzunehmen, die nach der geschichtlichen Ueberlieferung zur Rechtsprechung gerechnet werden[86]). Unter Rechtsprechung im sachlichen Sinn soll die obrigkeitliche Anwendung der Rechtsordnung auf einen bestimmten gegebenen Sachverhalt, insbesondere in streitigen und nichterfüllten Rechtsverhältnissen verstanden werden. Dagegen wollen wir die Rechtsprechung im förmilchen Sinn als die in richterlicher Unabhängigkeit sich vollziehende Tätigkeit von Gerichten bestimmen, die streitige oder freiwillige Gerichtsbarkeit sein kann[87]).

Mit der Feststellung, daß Gerichte Rechtsprechung im obigen sachlichen Sinn ausüben, haben wir jedoch noch kein brauchbares Abgrenzungsmerkmal gegenüber den Verwaltungsbehörden gewonnen. Auch die Verwaltungsbehörden üben nämlich Rechtsprechung im sachlichen Sinn nach unserer Begriffsbestimmung aus und es ist so verwaltungsrechtlich zu unterscheiden, zwischen Verwaltungsentscheidungen, wo lediglich bestehende Rechtsverhältnisse im Einzelfall festgestellt werden, und Verwaltungsverfügungen, wo es sich um die Gestaltung betimmter gegebener Sachverhalte im Bereiche der öffentlichen Verwaltung handelt. Das Unterscheidungsmerkmal der echten Gerichte liegt in etwas anderem begründet. Nach dem zwingenden verfassungsrechtlichen Grundsatz des Art. 99 GG., der nur diesen Begriff der Rechtsprechung im sachlichen Sinne im Auge haben kann, da er sonst ins Leere stoßen würde, ist alle rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut, also solchen Personen, deren Rechtsstellung teils unmittelbar in den Art. 97 und 98 GG., teils durch besondere nach Art. 89 I und III GG. erlassene Richtergesetze geregelt ist. Als Gerichte, die nach Art. 92, 2. Halbsatz GG. die rechtsprechende Gewalt ausüben, können daher nur solche Behörden aner-

---

84) So Friesenhahn DV 49, 478 und HDStR. II, S. 524. Dagegen Bachof, VVDStRL. 14, 178 und neuerdings Arndt, NJW. 59, S. 605.

85) Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten ist in jedem Fall Rechtssprechung, wie immer auch dieser Begriff ausgelegt wird.

86) So z. B. die Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Verfassungsgerichtsbarkeit (Vgl. Bachof VVDStRL. 14, S. 178/179.)

87) Die streitige Gerichtsbarkeit ist somit Rechtsprechung im sachlichen und förmlichen Sinn.

kannt werden, die mit „Richtern“ in diesem strengen Sinne des Wortes besetzt sind. Eine Verwaltungsbehörde kann somit nicht mehr allein dadurch zu einem Gerichte werden, daß sie zur Rechtsprechung im sachlichen Sinne berufen und insoweit von Weisungen frei ist, also sachlich unabhängig gestellt wird. Daraus ist die Folgerung zu ziehen, daß von den Verwaltungsbehörden eine endültige Rechtsentscheidung nunmehr nicht mehr gefällt werden kann. Es kann sich dabei vielmehr immer nur um Vorentscheidungen handeln, gegen welche in jedem Falle die Entscheidung der Verwaltungsgerichte oder der ordentlichen Gerichte angerufen werden kann.

Die heutige allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit wird in allen Rechtszügen durch persönlich und sachlich unabhängige Gerichte ausgeübt[88]) und die Verwaltungsgerichte entsprechen somit auch in diesem Punkte den Anforderungen eines echten Gerichts. Bereits aus dieser Feststellung ergibt sich, daß die dem preußischen Verwaltungsrecht entstammende Auffassung, die Verwaltungsgerichtbarkeit sei „Fortsetzung der Verwaltung mit anderen Mitteln“[89]). oder die — allerdings nur noch vereinzelt vertretene Ansicht — die Verwaltungsgerichte seien „Verwaltungsbehörden mit Aufgaben der Rechtssprechung“[90]) oder die Verwaltungsgerichtsbarkeit sei „eine Verwaltungstätigkeit, die sich in den Formen der Gerichtsbarkeit abspiele“[91]), mit dem heutigen Rechtszustand nicht mehr vereinbar sind[92]).

Die allgemeinen Verwaltungsgerichte üben Rechtssprechung in sachlichem Sinne aus und sind mit sachlich und persönlich unabhängigen Richtern besetzt. Als Rechtssprechungskörper entsprechen sie schließlich auch im Verfahren unter umfassender Gewährung des rechtlichen Gehörs (Vgl. Art. 103 GG.[93]) den von der Verfassung heute an ein echtes Gericht gestellten Anforderungen. Als Gericht geben sie ihre „Antwort

---

88) Vergl. § 1 VwGO.; gleichlautend § 1 MRVO. Nr. 165 und § 1 I Rh. Pf. VGG. und § 1 I berl. VGG. Daß diese Bestimmungen in die anderen Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder nicht aufgenommen worden sind, bedeutet keinen inhaltlichen Unterschied. Für das BVerw.GG. war dies wegen Art. 92, 96 und 97 GG. entbehrlich. Vergl. zur Frage der persönlichen Unabhängigkeit: Arndt, NJW. 59, S. 607; Baur, Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit 1945. Bettermann, Die Grundrechte III/2, S. 529 ff. H. Wolff, MDR. 51, S. 67 ff. (70 f).

89) So neuerdings noch Loening, DV. 49, S. 85; Helmut K. J. Ridder, Gutachten für den 40. dt. Juristentag, Verhandlungen (Gutachtenband), S. 131 f. Aehnlich früher bereits Schultzenstein, Verw.Arch. 21 (1913), S. 18.

90) So noch Baumbach-Lauterbach, ZPO. in der 19. Aufl. 1950 Anm. 3 C zu § 13 GVG. S. 2653; ähnlich auch Schwarz, StPO., 14. Aufl. (1951) Anm. 1 zu § 13 GVG.

91) So Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 194.

92) Vergl. Bachof SJZ. 50, Sp. 163 Anm. 8; Klingler MRVO., S. 53 f. und Ule, BGG. und Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 15 Anm. 14.

93) Klingler, MRVO. S. 53 f.; Ule a.a.O. Bachof SJZ. 49, Sp. 379. Arndt, NJW. 59 Seite 605.

auf die in der Klage erhobene Frage[94]) des Klägers im Urteil oder in dem insoweit urteilsgleichen Vorbescheid oder Bescheid. Bis zu einer Entscheidung über den Streitgegenstand sind auch im Verwaltungsstreitverfahren eine Reihe von gesetzlich festgelegten Handlungen der Beteiligten und des Gerichts erforderlich. Das Verfahren, das nur durch die an bestimmte Mindestvoraussetzungen geknüpfte Klage in Gang kommt[95]), gipfelt in aller Regel in der öffentlichen und mündlichen Verhandlung[96]). Aus deren Ergebnis einschließlich der etwa erhobenen Beweise schöpft das Gericht seine freie Ueberzeugung über den zu beurteilenden Sachverhalt. Sein nur an das Recht gebundener von jeder Weisung unabhängender Urteilsspruch ist in der Regel mit ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar[97]). Es handelt sich sonach bei dem Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten um ein geordnetes Streitverfahren[98]).

Die allgemeinen Verwaltungsgerichte entsprechen sonach in allen Punkten den Voraussetzungen echter Gerichte und ihnen ist bei den überkommenden Gewalten eindeutig ihr Platz innerhalb der rechtsprechenden Dritten Gewalt zugewiesen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist ein gleichgeordneter und gleichwertiger Zweig der Gerichtsbarkeit wie die ordentlichen Gerichte[99]). Der gerichtliche Rechtsschutz ist nach alledem auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit das „Zurverfügungsstellen der von den Gerichten ausgeübten staatlichen Entscheidungs- und Zwangsgewalt zur Verwirklichung von Ansprüchen“[100]). Die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichte zu echten Gerichten verbietet, den Begriff „Rechtsweg“ nur für den Weg zu den ordentlichen Gerichten vorzubehalten. Vielmehr bilden heute alle Gerichtswege — der ordentliche Rechtsweg zu den sog. ordentlichen Gerichten, der Verwaltungsweg zu den Verwaltungsgerichten[101]) — zusammen den „Rechtsweg“ im Sinne des

---

94) Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 6. Aufl., S. 362.

95) Ausnahmsweise durch Antrag bei der selbst. Rechtssatzüberprüfung n. § 25 VGG.

96) Auch in der ordentl. Gerichtsbarkeit sind Ausnahmen von der Regel der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit bekannt. (Vergl. z. B. § 128 II ZPO.)

97) Zum Erfordernis eines mehrstufigen Rechtsmittelwegs in Baden-Württemberg vgl. Art. 67 Abs. III LV, der unmittelbar geltendes Recht ist („gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte im ersten Rechtszug ist ein Rechtsmittel zulässig“.) Vergl. hierzu VGH. Stuttgart, Beschluß vom 17. 5. 54. DV. Bl. 54, S. 467 mit Anm. von Ule; Vgl. auch Bachof, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, Recht und Staat, 202/203 (1957) S. 15 ff., S. 28 ff. und H. Reuss, Revision und Nichtzulassungsbeschwerde zum B.Verw.G. in DV. Bl. 57, S. 293.

98) Vergl. hierzu auch Schultzenstein, Verw.Arch. 7 (1899) S. 263 ff. (267).

99) Vergl. Bachof ZZP. 65, S. 2 ff.; VGH. München, DÖV. 52, 1702.

100) So Wolff, Verwaltungsrecht I, 1956, S. 62.

101) So Wolff, a.a.O. S. 62.

BGB.[102]). Nur diese Auffassung ist auch mit Art. 19 IV GG. vereinbar, der klar zwischen Rechtsweg und ordentlichem Rechtsweg unterscheidet.

Die heutige Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur echten Gerichtsbarkeit stellt sie gleichwertig neben die Strafgerichtsbarkeit, der obliegt, die Allgemeinheit vor Uebergriffen der einzelnen Rechtsbrecher zu schützen, und die bürgerliche Gerichtsbarkeit, welche vornehmlich der Aufgabe dient, streitige Rechtsverhältnisse zwischen Einzelpersonen zu ordnen[103]). Die Verwaltungsgerichtsbarkeit neuen Stils ist vor allem berufen, das „höchste menschliche Gut, die Freiheit der Person zu sichern“[104]) und sie stellt demnach heute nicht mehr lediglich eine richterliche Selbstüberwachung der Verwaltung dar. Diese Feststellung über das Wesen der heutigen Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt uns zugleich eine Antwort auf die heute wieder lebhaft umstrittene Frage[105]), ob das Verwaltungsstreitverfahren nur einer Ueberwachung des rechtmäßigen Verwaltungshandelns dient oder ob es Rechtsschutzgewährung für persönliche öffentliche Rechte des Bürgers bezweckt. Gerade die Vertreter der ersten Auffassung mußten einem vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ablehnend gegenüberstehen, da in diesen Fällen ja noch gar keine nach außen in Erscheinung getretene Verwaltungsmaßnahme vorliegt, die zu überprüfen nach dieser Ansicht ausschließliche Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit sein soll. Die Untersuchungen über den Umfang des heutigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes und über die Verwaltungsgerichtsbarkeit heutigen Stils haben uns jedoch eindeutig gezeigt, daß in der Nachprüfung und Ueberwachung von Verwaltungsmaßnahmen allein sich die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte nicht erschöpfen kann[106]) und folglich auch darin nicht ausschließlich das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit gesehen werden darf. Wenn man auch nicht in den gegenteiligen Fehler verfallen sollte, den Sinn und Zweck der heutigen Verwaltungsgerichtsbarkeit ausschließlich in der Rechtsschutzgewährung zu erblicken[107]), so steht diese Aufgabe nach ihrer heutigen Ausgestaltung doch durchaus im Vordergrund. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit dient beiden Aufgaben, da

---

102) Bachof, ZZP. 65, S. 2 ff.

103) Vgl. Bayr. Verf. GH. vom 17. 12. 47, Verw.Rspr. Band 1 Nr. 2, S. 4 ff.

104) So van Husen, in einem Gutachten: Ueber die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der künftigen Verfassung (1948); vgl. auch VGH. Stuttgart vom 4. 8. 49 Verw. Rspr. Bd. 2 Nr. 21, S. 64 ff. (66).

105) Vgl. das Schrifttum bei Maunz-Dürig, Grundgesetz, Anm. 1 zu I 3a zu 19.

106) Diese auch heute noch von Meiß (die gesetzl. Abgrenzung der Kompet. der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1953, S. 19 ff) vertretene abweichende Auffassung entspricht dem Aufbau der pr. Verwaltungsgerichtsbarkeit vor und nach 1918. (Vgl. Ph. Zorn, Festgabe für Paul Krüger, 1911, S. 511 f.) Vgl. auch Menger, Die Grundrechte, III/2, S. 723.

107) So Kollmann, DÖV. 55, S. 45 ff. (46), Menger, DÖV. 55, S. 587 ff. (591) und Naumann, DVBl. 52, S. 589, der dies für die h.M. hält.

nach unseren geltenden Verwaltungsgerichtsgesetzen in der Regel[108]) vorausgesetzt wird, daß die Rechtsordnung verletzt — entweder nicht oder nicht richtig angewendet — ist und, daß jemand in „seinen Rechten verletzt ist[109]). Einerseits enthält nämlich die Bestimmung des Art. 19 IV GG ein Grundrecht auf Rechtsschutz und zum anderen haben die Verwaltungsgerichte als echte Gerichte die Rechtsanwendung durch die Verwaltung als der von der Rechtssprechung getrennten anderen Staatstätigkeit zu überwachen. Es entspricht jedoch dem Wesen des heutigen Rechtsstaates, daß hierbei die Gewährung von Rechtsschutz für den Bürger durch Verwaltungsgerichte im Vordergrund steht und die Rechtsüberwachung der Verwaltung als — allerdings erwünschte — Nebenfolge vielfach in den Hintegrund tritt.

Die Ausgestaltung der heutigen Verwaltungsgerichtsbarkeit spricht somit eher für als gegen einen vorbeugenden Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte.

c) Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Schließlich bedarf es noch der Klärung, was wir unter vorbeugendem Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit verstehen wollen.

Zwei Auffassungen über das Wesen und die Aufgaben des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im öffentlichen Recht standen bisher überwiegend im Vordergrund.

In unserem geschichtlichen Rückblick konnte festgestellt werden, daß der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz zunächst nur aufhebender Art war. Der Bürger konnte sich — ob nun die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nach dem Grundsatz der Einzelaufzählung oder dem der beschränkten oder unbeschränkten Allzuständigkeit geregelt war — grundsätzlich mit der Anfechtungsklage nur gegenüber bereits geschehenem Verwaltungsunrecht zur

---

108) Die Besonderheiten, daß nach besonderen gesetzlichen Bestimmungen die Verwaltungsgerichte auch über Ermessensfragen zu befinden haben (wie nach früherem pr. Recht), weiter ohne Verletzung persönlicher Rechte bei bloßer Beeinträchtigung von rechtlichen Belangen (nach früherem pr. Recht z. B. die Einziehung oder Verlegung öffentlicher Wege) oder schließlich unter gewissen Voraussetzungen auch bei bloßer Verletzung des Rechts im gegenständlichen Sinne (wie z. Tl. früher bei der Anfechtung von Beschlüssen eines Gemeinderats durch die Gemeindeverwaltungsbehörde wegen Gesetzwidrigkeit) geklagt werden kann, sollen hier außer Betracht bleiben. (Vgl. Merk, VVDStRL. 14, S. 202 f.).

109) So Maunz-Dürig, Grundrechte, Anm. 13a zu Art. 19 IV. Menger, Die Grundrechte, III/2, S. 728, hält neuerdings diese allgemeine Fragestellung für die gesamte Verwaltungsgerichtsbarkeit überhaupt für verfehlt und möchte sie für die verschiedenen Klagearten innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit getrennt und verschieden beantwortet wissen.

Wehr setzen und bei Zulässigkeit und Begründetheit der Klage konnte das Gericht die als rechtswidrig erkannte Verwaltungsmaßnahm nur aufheben. Ein weiterer Eingriff der Gerichte in die Tätigkeit der Verwaltung war jedoch grundsätzlich ausgeschlossen. Dies entsprach dem klassischen Grundsatz der Gewaltenteilung, wonach Verwaltungsgerichte erlassene Verwaltungsmaßnahmen nur bestätigen oder aufheben konnten.

Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz ist auch sicherlich heute noch überwiegend wiederherstellender Art. Er dient in der Hauptsache der Wiederherstellung verletzter Recht des Bürgers gegenüber dem mit hoheitlicher Gewalt handelnden Staat. Er gleicht geschehene Rechtsverletzungen dadurch wieder aus, daß er rechtswidrige Verwaltungsmaßnahmen aufhebt und unter bestimmten Voraussetzungen zur Vornahme von zu Unrecht abgelehnten oder unterlassenen Amtshandlungen verpflichtet[110]).

Diese beiden Auffassungen über die Aufgaben der Verwaltungsgerichtsbarkeit standen bisher überwiegend im Vordergrund und sie waren mit dafür verantwortlich, daß ein vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit von Rechtsprechung und Rechtslehre fast durchweg abgelehnt wurde Diese Ansichten können jedoch einer grundsätzlichen Frage nach einem vorbeugenden Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte nicht entgegenstehen. Einmal ist die Auffassung, die Verwaltungsgerichte könnten rechtswidrige Verwaltungsmaßnahmen lediglich aufheben, ein weiterer Eingriff in die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden sei ihnen verwehrt, mit dem heutigen Rechtsstaatsbegriff nicht mehr in Einklang zu bringen und die neuen Verwaltungsgerichtsgesetze sowie die entsprechenden Bestimmungen des BGB. und der Länderverfassungen haben dieser Forderung entsprochen. Bereits der nun überall geltende Grundatz der Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten hat diese Beengtheit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in Frage gestellt. Besonders jedoch die nun einhellig vorgesehene Vornahmeklage, der Bachof[111]) zu Recht umfassende Untersuchungen gewidmet hat, beweist, daß es den Verwaltungsgerichten heute nicht mehr grundsätzlich verwehrt ist, rechtsgestaltend in die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden einzugreifen. Mit dieser neuen Klageart kann — wenn auch vielfach verbunden mit der Aufhebung einer Verwaltungsverfügung — zukünftiges Verhalten des Staates erwirkt werden.

Aber auch die Auffassung von der überwiegend wiederherstellenden Art des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes kann die Frage nach

---

110) Insoweit trifft sich der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz mit dem Staatshaftungsurteil der ordenlichen Gerichte, das geschehenes hoheitliches Unrecht durch Zusprache von Geldersatz wieder ausgleichen soll.

111) Bachof, Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951 (abgekürzt: Klage).

einem vorbeugenden Rechtsschutz nicht entscheidend berühren, da noch der Beweis aussteht, daß eine nur drohende, aber noch nicht erlassene, Verwaltungsmaßnahme bereits eine echte Rechtsverletzung darstellen kann, die auch nach der Auffassung von der nur wiederherstellenden Art des Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte ausgeräumt werden müßte.

Unser vorbeugender Rechtsschutz soll jedoch weder aufhebender noch überwiegend wiederstellender Art sein, sondern er soll künftige rechtswidrige Maßnahmen der Verwaltung verhindern. Hier geht es also nicht um die Aufhebung einer bereits erlassenen (Anfechtungsklage) oder um die Verpflichtung zum Erlaß einer zu Unrecht unterbliebenen Amtshandlung (Vornahmeklage), sondern hier wird vom Gericht ein Unterlassungsausspruch begehrt, welcher der Verwaltungsbehörde gebietet, eine künftige beabsichtigte oder mögliche rechtswidrige Verwaltungsmaßnahme zu unterlassen. Während mit der Vornahmeklage gerade der Erlaß einer bisher unterlassenen oder abgelehnten Amtshandlung begehrt wird, will der vorbeugende Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit umgekehrt den Erlaß einer drohenden Amtshandlung verhindern. Solche drohenden Amtshandlungen können nun einmal Verwaltungsverfügungen[112]) im herkömmlichen Sinne darstellen, sei es, daß eine solche bereits früher erlassen, aber wieder aufgehoben wurde und erneut droht, sei es, daß eine solche überhaupt noch nie erlassen war. Unser vorbeugender verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz soll jedoch nicht nur der Abwehr drohender Verwaltungsverfügungen, sondern auch dem Schutz gegen drohendes sog. sonstiges Verwaltungshandeln dienen. In Lehre und Rechtsprechung ist eine bejahende Begriffsbestimmung des sog. Verwaltungshandelns nicht zu finden. Wie bei den meisten an der Grenze zwischen zwei Begriffen liegenen Gebilden (hier Verwaltungsverfügung bzw. rein bürgerlich-rechtliche Tätigkeit der Verwaltungsbehörde) läßt sich — abgesehen von einer beispielhaften Aufzählung — nur eine verneinende Abgrenzung vornehmen: Diejenige Verwaltungstätigkeit, die nicht in den Bereich des hoheitlichen oder bürgerlich-rechtlichen Handelns der Verwaltung fällt, wollen wir als sog. schlichtes Verwaltungshandeln zusammenfassen. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß dieses Verwaltungshandeln eine Vorstufe des hoheitlichen Handelns darstellt. Nur soweit es sich zu einem hoheitlichen Handeln verdichten kann — Erlaß einer Verwaltungsverfügung —, liegt eine schlichtverwaltende Tätigkeit vor[113]). Hierunter fallen vor allem Maßnahmen der Verwaltung, die sich in rein tatsächlichen Hand-

---

112) Dieser aus den Gesetzen vor 1945 fast ausschließlich gebrauchte Ausdruck soll an Stelle des von Otto Mayer eingeführten Wortes „Verwaltungsakt" treten.

113) W. Jellinek bezeichnet jede nicht obrigkeitliche öffentliche Verwaltung als „schlichte Hoheitsverwaltung" (gesellschaftliche, soziale Verwaltung).

lungen erschöpfen, ohne ein rechtlich verbindliches Gebot oder Verbot zu enthalten. Gerade das neue weite Gebiet der „Daseinsvorsorge" der Verwaltung geht vielfach andere Bahnen als die überkommene Eingriffsverwaltung und erschöpft sich in sog. Verwaltungshandeln. Unsere Untersuchung über den vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit wäre sonach unvollständig, wenn er sich auch nicht auf die Prüfung der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zur Abwehr solchen drohenden sog. Verwaltungshandelns erstrecken würde.

Unsere Untersuchung über den vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit soll demnach der Prüfung dienen, inwieweit die in den einzelnen Verwaltungsgerichtsgesetzen vorgesehenen Klagemöglichkeiten unter besonderer Berücksichtigung der entsprechenden Bestimmungen des BGB. und der Länderverfassungen einen solchen vorbeugenden Rechtsschutz gegen drohende rechtswidrige Amtshandlungen[114]) der Verwaltungsbehörden — Verwaltungsverfügungen oder sonstiges Verwaltungshandeln — verfahrensrechtlich gewähren können. Der gerade Weg hierzu wäre eine Klage auf Unterlassung der beabsichtigten Amtshandlung ähnlich der Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. Die klageweise Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs ist stets vorbeugend und Ziel der Unterlassungsklage ist immer Abwehr von zukünftigen rechtswidrigen Eingriffen in Rechte oder Rechtsstellungen. Die Unterlassungsklage dient nicht der Eingriffsbeseitigung, sondern der Eingriffsverhütung[115]). Der Zusatz „vorbeugende" Unterlassungsklage ist daher an sich — soweit der Unterlassungsanspruch nicht irrig aus dem Schadenersatzanspruch hergeleitet wird — überflüssig, er sei jedoch hier deshalb erlaubt, um die Zielrichtung dieser Klageart besonders deutlich anzuzeigen. Aber auch die verwaltungsgerichtliche Feststellungklage vermag in gewissem Umfang der vorbeugenden Abwehr von rechtswidrigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt dienen und gehört von diesem Gesichtspunkt aus gesehen ebenfalls zu den Mitteln eines vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgrichtsbarkeit. Es erscheint daher gerechtfertigt, diesen beiden verwaltungsgerichtlichen Klagearten im Rahmen unserer Untersuchung besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

2) Abgrenzung der Untersuchung

Diese Begriffsbestimmungen geben uns wichtige Hinweise für eine aus Raumgründen notwendige Abgrenzung dieser Untersuchung.

a) Vorbeugender Rechtsschutz

Eine erste Abgrenzung ergibt sich aus der Beschränkung auf einen „vorbeugenden" Rechtsschutz.

---

114) Es sei erlaubt, diesen Ausdruck im Rahmen dieser Untersuchung als Oberbegriff für Verwaltungsverfügung u. sonstiges Verwaltungshandeln zu verwenden.
115) Vgl. Bettermann, DVBl. 52, S. 312 ff. (312).

aa) „Vorläufiger Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Der Begriff des vorbeugenden Rechtsschutzes beinhaltet zunächst einmal etwas ganz anderes als der Begriff des sog. vorläufigen" Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Unsere Untersuchung über den vorbeugenden Rechtsschutz hat ausschließlich zur Aufgabe, verfahrensrechtliche Rechtsschutzmöglichkeiten in der Verwaltungsgerichtsbarkeit aufzuzeigen, welche den Erlaß einer drohenden Verwaltungsmaßnahme endgültig verhüten sollen. Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren[116]), der sich mit der aufschiebenden Wirkung von Einspruch bzw. Beschwerde und Klage, der Aussetzung der Vollziehung durch Verwaltungsgerichte, der Frage der einstweiligen Verfügung und schließlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit von Urteilen befaßt, hat nur vorläufige Maßnahmen der Verwaltungsgerichte im Auge, die noch einer späteren gründlicheren und endgültigen Klärung harren. Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren erstreckt sich folglich nicht nur auf Klagen wegen Unterlassung drohender Amtshandlungen, sondern vor allem auch auf Anfechtungs-, Vornahme- und Feststellungklagen. Die Beschränkung unserer Untersuchung auf den vorbeugenden Rechtsschutz enthebt uns daher insbesondere der Aufgabe, der einstweiligen Verfügung als vorläufiges Rechtschutzmittel eine umfassende Darstellung zu widmen. Vielmehr können wir uns auf die Prüfung beschränken, inwieweit die Rechtseinrichtung der einstweiligen Verfügung als vorläufiges Rechtsschutzmittel im Verwaltungsstreitverfahren auch Aufgaben des vorbeugenden Rechtsschutzes wahrzunehmen geeignet ist.

bb) Die Beseitigungsklage im Verwaltungsstreitverfahren

Unser vorbeugender Rechtsschutz zur Abwehr drohender künftiger Amtshandlungen hat sich auch nicht mit der sogenannten Beseitigungsklage[117]) wegen bereits bestehender und fortdauernder Beeinträchtigung zu befassen[118]). Diese erstrebt nämlich die Wiederher-

---

116) Vgl. hierzu Haueisen, Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, in NJW. 53, S. 1165 ff.

117) Wohl im Sinne der von Menger (DÖV. 55, S. 587 ff — 591 —) erwähnten „atico negatoria".

118) Sie ist im Kern mit der von Bachof dargestellten Folgenbeseitigungsklage verwandt, insbesondere mit der Klage auf „Rückgängigmachung der tatsächlichen Vollzugsfolgen einer aufgehobenen Verwaltungsverfügung". (Vgl. Bachof, Klage, S. 99 ff., insbesondere S. 106 ff).
Nach Bettermann (DÖV. 55, S. 528 ff) ist der Anwendungsbereich des Beseitigungsanspruchs in mehrfacher Hinsicht größer als derjenige des Folgenbeseitigungsanspruchs von Bachof.
Vgl. zu der Beseitigungsklage insbesondere auch Ringe, DVBl. 58, S. 378 ff. und Rupp, DVBl. 58 S. 113 ff.

stellung bereits geschehenen Verwaltungsunrechts und gehört somit der Eingriffbesbeseitigung an. Unser vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist jedoch der Eingriffsverhütung zuzurechnen, da in diesen Fällen ja gerade noch keine zu beseitigende Verwaltungsmaßnahme ergangen, sondern eine erst drohende abzuwehren ist. Doch können sich Anknüpfungspunkte zwischen der Beseitigungsklage und unserer Unterlassungsklage ergeben. Liegt nämlich bereits eine solche Beeinträchtigung vor, gegen die dem Bürger zwar wegen Fehlens einer Verwaltungsverfügung kein Rechtsschutz durch die Anfechtungsklage, wohl aber durch die Beseitigungsklage gewährt wird, so könnte unter Umständen bei Gefahr weiterer Beeinträchtigungen durch Verwaltungsverfügungen oder sonstiges Verwaltungshandeln die Beseitigungsklage mit der Unterlassungsklage verbunden werden, wie ähnlich bei der Vornahmeklage der Verpflichtungsantrag mit dem Aufhebungsantrag verbunden ist.

b) Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsarkeit

Unsere Untersuchung ist wegen der Notwendigkeit einer Begrenzung auf den vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit beschränkt. Bei den Verwaltungsgerichten liegt auch trotz des umfassenden Ausbaues der Verfassungsgerichtsbarkeit und trotz des nicht unbedeutenden Rechtsschutzes, den auch die bürgerlichen Gerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zu gewähren haben, nach wie vor der Schwerpunkt des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht. Infolge dieser Begrenzung brauchen wir einmal nicht zu untersuchen, ob und in welchem Umfang drohenden Amtshandlungen durch Einlegung der förmlichen und formlosen Rechtsbehelfe innerhalb der Verwaltung begegnet werden kann. Aus demselben Grunde entfällt für uns zudem eine umfassende und gründliche Prüfung, ob und wie weit die sonstigen Zweige der Gerichtsbarkeit einem Rechtsschutz zur Abwehr drohender Verwaltungsmaßnahmen dienen können.

3. Abschnitt:

Vorbeugender Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen in der Strafgerichtsbarkeit und der ordentlichen Gerichtsbarkeit

Trotz der Begrenzung unserer Untersuchung auf den vorbeugenden Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte seien in diesem Zusammenhang einige Bemerkungen darüber erlaubt, daß weder die Straf- noch die ordentliche Gerichtsbarkeit dem Bürger einen ausreichenden und wirksamen Rechtsschutz gegen drohende Verwaltungsmaßnahmen gewährleisten können.

I) Vorbeugender Rechtsschutz durch Strafgerichte.

Auf die Unzulänglichkeiten eines solchen vorbeugenden Rechtsschutzes durch den Strafrichter hat bereits W. Jellinek im Jahre 1925[119]) hingewiesen und diesen Hinweis hat neuerdings Naumann[120]) wieder aufgenommen.

Zwar können die Strafgerichte — wie der Fall des Kieler „Weltwirtschaftsinstituts“ und der von Naumann[121]) berichtete Fall des OVG. Hamburg zeigen — in zwar sehr engen Grenzen und sehr beschränktem Umfang einem gewissen Rechtsschutz gegen drohende Verwaltungsmaßnahmen insofern dienen, als in einem Strafverfahren die Nachprüfung der bestimmten umstrittenen öffentlich-rechtlichen Frage erfolgen kann. Wollte man jedoch den in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten Rechtsschutzsuchenden gleichsam „mit der Schlinge um den Hals“[122]) an den Strafrichter verweisen, so würde dies einen Rückfall in die überwunden geglaubte Selbsthilfe bedeuten und wäre zudem mit der heutigen rechtsstaatlichen Forderung auf unmittelbaren lückenlosen Rechtsschutz unvereinbar. Ganz abgesehen davon, daß dieser vorhandene Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten durch die Strafgerichte nur dann überhaupt in Frage käme, wenn das Verhalten des Betroffenen, gegen das sich die drohende Verwaltungsverfügung wenden will, an sich einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllen könnte, so ist er auch grundsätzlich zu einer befriedigenden Lösung unseres vorbeugenden Rechtsschutzes ungeeignet. Man denke nur an die gänzlich unverständliche Folge, daß jede Verbesserung des Straf- und des Strafverfahrensrechts zugleich eine Verschlechterung des vorbeugenden Rechtsschutzes bewirken könnte[123]).

---

119) VVDSTRL. 2, Seite 51.

120) Verh. des 38. dt. Juristentages, Abt D, Seite 33.

121) a.aO. Seite 33.

122) So Naumann, a.a.O. Seite 33.

123) W. Jellinek (VVDStRL. 2, S. 51/52) hat diese Folge anschaulich am Beispiel des im Jahre 1924 neu gefaßten § 153 StPO. aufgezeigt.

II) Vorbeugender Rechtsschutz durch die bürgerlichen Gerichte

Die Tatsache, daß im bürgerlichen Recht von Rechtssprechung und Lehre nach ebenfalls verhältnismäßig langsamer Entwicklung nunmehr ein vorbeugender Rechtsschutz durch Unterlassungsklagen anerkannt ist, könnte nun dazu verleiten, den mit der Bitte um vorbeugenden Rechtsschutz sich an die Verwaltungsgerichte wendenden Rechtsgenossen an die bürgerlichen Gerichte zu verweisen. Bei der Entscheidung, ob dieser Weg überhaupt gangbar ist und zu einer befriedigenden Lösung des Rechtsschutzes gegen drohende Verwaltungsmaßnahmen führen kann, sind zwei Fragen zu trennen, die vielfach nicht genügend klar auseinandergehalten werden. Einmal ist zu prüfen, ob der Staat oder sonstige Träger öffentlicher Gewalt überhaupt durch Urteil der ordentlichen Gerichte unmittelbar zur Unterlassung einer Amtshandlung — Verwaltungsverfügung oder sonstiges Verwaltungshandeln — verpflichtet werden kann. Zum andern ist hiervon unabhängig zu untersuchen, ob für den jeweils zur Entscheidung stehenden Einzelfall der ordentliche Rechtsweg — entweder unmittelbar oder hilfsweise — zulässig ist.

1) Eingriffsmöglichkeit der ordentlichen Gerichte in die Tätigkeit der Verwaltung?

Der erste Gesichtspunkt würde nach heutiger Auffassung einem vorbeugenden Rechtsschutz in unserem Sinne durch die ordentlichen Gerichte wohl nicht mehr entgegenstehen. Zwar hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung[124]) die Auffassung vertreten, mit Rücksicht auf die Trennung der Gewalten sei es den ordentlichen Gerichten grundsätzlich[125]) verwehrt — unter Umständen auch in Form von Unterlassungsurteilen — unmittelbar in die öffentlich-rechtliche Tätigkeit einer Verwaltungsbehörde einzugreifen. Insbesondere gäbe es keinen im ordentlichen Rechtsweg verfolgbaren Anspruch darauf, daß eine Behörde eine hoheitliche Amtshandlung vornehme oder unterlasse[126]). Der Bundesgerichtshof[127]) und die Rechtslehre sind dieser Auffassung bis in die jüngste Zeit allgemein gefolgt[128]). Schließt man sich dieser Auffassung

---

124) RGZ., 150, 140 (143); 158, 257 (261); RG. Warn.Rspr. 1929 Nr. 143; RG. HRR. 1938 Nr. 14, JW. 38, 113 Nr. 9.

125) Hiervon wird nur eine Ausnahme zugelassen, wenn „die behördliche Maßnahme, obwohl in die Form einer öffentlich-rechtlichen Funktion gekleidet, völlig außerhalb des dem Handelnden zugewiesenen öffentlich-rechtlichen Aufgabenkreise liege und einen Akt reiner, mit dem übertragenen Machtbereich nicht in Einklang zu bringender Willkür darstelle". (Vgl. RGZ. 158 Seite 262.)

126) JW. 28, 2705; RGZ. 154, 178.

127) BGHZ 4 S. 72 (82) und BGH. in NJW. 54, S. 1486 (1487) und 56, 711 (712).

128) So Rosenberg, Lehrbuch S. 38/40. Schönke, Zivilprozeßrecht S. 51; Baur DRZ. 49, 397; Palandt, BGB., Anm. 1 zu § 249 und Anm. 10 zu § 838.

an, so wären allerdings die ordentlichen Gerichte — unabhängig von der Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs — schon aus diesem Grunde zur Gewährung eines vorbeugenden Rechtsschutzes in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten ungeeignet.

Ein uneingeschränktes Festhalten an dieser Ansicht, die nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen geführt hat, erscheint jedoch heute nicht mehr geboten. Einmal verwehrt der vom Reichsgericht herangezogene Grundsatz der Gewaltenteilung (wie noch näher Seite 49 ff. dieser Untersuchung zu zeigen sein wird) weder den Verwaltungsgerichten noch den ordentlichen Gerichten grundsätzlich in jedem Fall einen unmittelbaren Eingriff in die öffentl.-rechtliche Tätigkeit der Verwaltung. Vielmehr gebieten gerade der Grundsatz des Rechtsstaats und die damit eng zusammenhängende Trennung der Gewalten, daß der Staat in dem gleichen Maße unter die Herrschaft von Recht und Gericht gestellt wird wie der Bürger. Schon aus diesem Grunde vermag die Auffassung des Reichsgerichts heute nicht mehr zu überzeugen. Die durch das Bonner Grundgesetz geschaffene Rechtslage hat zudem in anderer Hinsicht die Befugnisse der ordentlichen Gerichte erweitert. Im Hinblick auf die Bestimmung des Art. 19 IV GG. sind nunmehr auch Fälle denkbar, in denen ein solches unmittelbares Eingreifen der ordentlichen Gerichte zulässig erscheint[129]). Diese Grundrechtbestimmung will für diejenigen Fälle, in denen nach bisheriger Rechtsprechung ein Rechtsschutz überhaupt nicht bestand, hilfsweise[130]) einen solchen durch die bürgerlichen Gerichte gewähren. Dem Sinn dieser Regelung ist zu entnehmen, daß nunmehr auch die ordentlichen Gerichte — wie die Verwaltungsgerichte zum Teil bereits z. B. nach § 79 III VGG. und § 75 III MRVO. Nr. 165 — im Rahmen ihrer durch Art. 19 IVGG. begründeten hilfsweisen Zuständigkeit dieselben Befugnisse haben müssen wie die Verwaltungsgerichte und daher grundsätzlich die Verwaltung unmittelbar zur Vornahme und Unterlassung[131]) einer hoheitlichen Amtshandlung verpflichten können[132]). Die Grundrechtsbestimmung des Art. 19 IV schafft somit nicht nur einen umfassenden Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt, sondern er erweitert auch im Rahmen dieser Zu-

---

129) Siehe insoweit auch die Ergebnisse der Tagung der Vereinigung der deutschen Zivilprozeßlehrer in Ziffer 4 und 8 nach Walz — Justiz- und Verwaltung — in DVBl. 51, 436; Mangoldt, BGG., Anm. 6 zu Art. 19.

130) Art. 19 IV GG. ist keinesfalls — wie Bettermann (MDR. 49, S. 398) meint — eine grundsätzliche Vermutung für die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zu entnehmen. Vielmehr spricht umgekehrt in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gerade eine Vermutung für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte (vergl. Bachof, SJZ. 50, Sp. 64; ZZP. 65 S. 2 ff).

131) An dieser Stelle soll einmal ungeprüft davon ausgegangen werden, daß dies den Verwaltungsgerichten möglich ist, was ja auch gerade im Rahmen dieser Untersuchung nachgewiesen werden soll.

132) Vergl. Bachof SJZ. 50, Sp. 166.

ständigkeit die Befugnisse der ordentlichen Gerichte. Insoweit ist der Auffassung von Heidenhain[133]) und Loppuch[134]) im Grundsatz zuzustimmen. Dagegen erscheint zweifelhaft, ob den ordentlichen Gerichten diese erweiterten Befugnisse auch in den Fällen der von den beiden obigen Verfassern behandelten Amtshaftungsklage zustehen. Die ablehnende Auffassung liegt jedoch nicht in dem Grundsatz der Gewaltenteilung, sondern in der Doppelstellung des handelnden Beamten begründet. Zu Recht hat Bachof[135]) auf die daraus herrührenden Unklarheiten hingewiesen, daß diese Doppelstellung des Beamten vielfach nicht klar gesehen wird, der einerseits als Hoheitsträger und andererseits als Einzelpersönlichkeit handelt[136]). Nach § 839 BGB haftet nämlich der handelnde Beamte persönlich, und es bedurfte erst der Vorschrift des Art. 131 WV. und nun des Art. 34 GG. — die Inhalt und Umfang des Anspruchs nicht bestimmen, sondern nur den ursprünglich gegen den verantwortlichen Beamten gegebenen und inhaltlich durch § 839 BGB bestimmten Anspruch auf den Staat übertragen — um den Staat (die Anstellungskörperschaft) für diesen gegen den Beamten gerichteten Anspruch eintreten zu lassen. Wegen dieser persönlichen Haftung des Beamten können von ihm — und an seiner Stelle entsprechend vom Staat — nur solche Handlungen begehrt werden, zu denen er persönlich nach § 839 BGB verpflichtet ist. Zur Unterlassung einer Amtshandlung kann jedoch der Beamte — und damit auch der Staat — niemals verurteilt werden, da dies ein gänzlich anderer Anspruch als der des § 839 BGB. ist. Wollte man daher in Amtshaftungsklagen auch eine Verurteilung zur Herstellung in Natur — etwa zur Vornahme oder zur Unterlassung einer Amtshandlung — zulassen, so würde dies zu einer unzulässigen inhaltlichen Aenderung des Anspruchs führen[137]). Insoweit kann also, allerdings mit abweichender Begründung, der Auffassung des Reichsgerichts heute noch gefolgt werden[138]). An diesem Ergebnis vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, daß der Geschädigte möglicherweise in zwei getrennten Verfahren, (wegen des Geldschadens vor den ordentlichen Gerichten, wegen der Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung vor den Verwaltungsgerichten) sein Recht suchen muß[139]). Auf dem Weg über die Amtshaftungsklage kann somit die Unterlassung einer drohenden Amtshandlung nicht erreicht werden[140]).

---

133) Vergl. in NJW. 49 S. 841 ff. und NJW. 53, 1081 ff.
134) In NJW. 52, 1037 ff.
135) Vgl. SJZ. 50 SP. 166; SJZ. 49, Sp. 385.
136) Vgl. auch Klein, Anm. zu einem Urteil des OLG. Köln in DÖV. 52 S. 285.
137) Vgl. Bachof, a.a.O.
138) So außer Bachof ebenfalls noch Klein, a.a.O. Ule, 10, Beiheft, zur DRZ. 48/10/6. Forsthoff, Verwaltungsrecht, 7. Aufl. S. 93.
139) Zutreffend Klein a.a.O.
140) Insoweit zutreffend Bettermann in DV. 49, S. 348/349.

Wir haben gesehen, daß die ordentlichen Gerichte innerhalb ihrer hilfsweise durch Art. 19 IV S. 2 GG. eröffneten Zuständigkeit an sich unmittelbar durch Urteil in die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden eingreifen könnten und somit aus diesem Gesichtspunkt keine Bedenken gegen ihre Eignung zur Abwehr drohender Verwaltungsmaßnahmen herzuleiten wären. Es fragt sich jedoch weiter, ob ihnen diese weitergehenden Befugnisse auch dann zustehen, wenn sie nicht im Rahmen ihrer hilfsweisen Zuständigkeit nach Art. 19 IV S. 2 GG. tätig werden, sondern wenn ihre unmittelbare erstrangige Zuständigkeit auf Grund einer sonstigen Rechtsvorschrift begründet wird. Ich bin der Auffassung, daß sowohl in den Fällen der hilfsweisen wie der unmittelbaren Zuständigkeit den ordentlichen Gerichten ein solcher Eingriff nach heutiger Auffassung rein gedanklich — falls im Einzelfall die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs bejaht wird — im Grundsatz nicht verwehrt werden kann. Einmal verstößt diese Auffassung ebensowenig gegen die Gewaltenteilung wie bei der hilfsweisen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach Art. 19 IV S. 2 GG. Zum andern sollte man — falls die Zulässigkeit des betreffenden Rechtswegs bejaht wird — unseres Erachtens die Befugnisse des Gerichts für den gesamten Zweig der jeweiligen Grichtsbarkeit — im Rahmen der geltenden Gesetze — einheitlich bestimmen, unabhängig davon, ob die Zulässigkeit dieses Rechtswegs unmittelbar oder nur hilfweise begründet ist.

Nach heutiger Auffassung wären sonach die ordentlichen Gerichte grundsätzlich im Rahmen ihrer Zuständigkeit befugt — ausgenommen in den Fällen der Amtshaftungsklage — die Verwaltung zur Unterlassung einer Amtshandlung durch Urteil zu verpflichten. Da vom Grundsatz her gesehen nach heutiger Rechtsauffassung den ordentlichen Gerichten eine solche Eingriffsmöglichkeit in die Tätigkeit der Verwaltung nicht abgesprochen werden kann, könnten aus diesem Gesichtspunkt keine grundsätzlichen Bedenken gegen einen Rechtsschutz zur Abwehr drohender Verwaltungsmaßnahmen durch die ordentlichen Gerichte erhoben werden.

2) Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs?

Die Frage, ob die ordentliche Gerichtsbarkeit einen solchen vorbeugenden Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen gewähren kann, hängt folglich allein davon ab, ob der ordentliche Rechtsweg für solche Klagen zulässig ist.

Der ordentliche Rechtsweg wird einmal hilfsweise nach Art. 19 IV S. 2 GG. dann eröffnet, wenn für eine Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt keine andere Zuständigkeit begründet ist. Diese Untersuchung soll gerade dem Nachweis dienen, daß für den gerichtlichen Rechtsschutz gegen drohende Verwaltungsmaßnahmen die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet und ein solcher Rechtsschutz

nach der Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsgesetze verfahrensrechtlich überhaupt möglich ist. Erst wenn dieser Versuch scheitern würde, wäre folglich wieder auf Art. 19 IV S. 2 GG. zurückzugreifen und zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen nach dieser Grundrechtsbestimmung die ordentlichen Gerichte hilfsweise einen vorbeugenden Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gewähren. Die Klärung dieser Frage kann somit hier noch zurückgestellt werden.

Der ordentliche Rechtsweg kann jedoch außerdem — abgesehen von Art. 19 IV S. 2 GG. — auch unmittelbar gegeben sein. Es kann nicht Aufgabe dieser Untersuchung sein, brauchbare und befriedigende Regeln für diese auch heute wieder sehr umstrittene Abgrenzung zwischen ordentlichem Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg zu geben[141]). Jedoch seien einige grundsätzliche und für unseren vorbeugenden Rechtsschutz bedeutsame Bemerkungen hierzu erlaubt. Erkenntnisse zu dieser Abgrenzung können aus Art. 19 IV GG. unmittelbar nicht entnommen werden, da diese Bestimmung überhaupt nicht von dem Gedanken getragen ist, das Verhältnis der verschiedenen Zweige der Gerichtsbarkeit zueinander zu regeln, sondern nur den Rechtsschutz des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt möglichst umfassend und wirksam gewährleisten will[142]). Somit haben wir bei dieser Abgrenzung von § 13 GVG. einerseits und den entsprechenden Zuständigkeitsregelungen der einzelnen Verwaltungsgerichtsgesetze andererseits auszugehen, wonach grundsätzlich bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten vor die ordentlichen und grundsätzlich öffentlich-rechtliche Streitigkeiten vor die Verwaltungsgerichte gehören, soweit nicht eine andere Zuständigkeit gesetzlich begründet ist. Ausgangspunkt der Einteilung in bürgerlich-rechtliche und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten war bislang die Frage, ob die Beziehungen der streitenden Parteien zueinander auf dem Boden der Gleichordnung oder der Ueber- und Unterordnung erwachsen sind[143]). Diese herkömmliche Unterscheidung wird in den Fällen unseres vorbeugenden Rechtsschutzes ausreichen und zu befriedigenden Ergebnissen führen, wenn die Abwehr einer drohenden Verwaltungsverfügung in Frage steht. Wenn feststeht, daß die Verwaltung eindeutig hoheitlich tätig zu werden beabsichtigt, werden sich Bürger und Staat zweifelsfrei als Ueber- und Untergeordnete gegenüberstehen und die Einordnung unter die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten wird nach der überkommenen Unterscheidung von Ueber- und Unterordnung keine nennenswerten Schwierigkeiten bereiten.

141) Vgl. hierzu etwa Lerche, Ordentlicher Rechtsweg u. Verwaltungsrechtsweg, 1953. W. Meiß, Die gesetzliche Abgrenzung der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1953, und ders. in JZ. 54, S. 109 ff. und Naumann, Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1953.

142) Vgl. Bachof, ZZP. 65, S. 7.

143) Vgl. neuerdings BGHZ. 14, 222 und U. v. 13. 3. 56 in DVBl. 56, 759.

Der eigentliche Streit ist jedoch bei der Frage entbrannt, ob für Klagen auf Unterlassung sog. schlichten Verwaltunghandelns — meist in Verbindung mit einer Klage auf Beseitigung der durch solches Handeln bereits eingetretenen Rechtsbeeinträchtigung — der ordentliche oder Verwaltungsrechtsweg gegeben ist. In diesem Bereich hat sich der Schwerpunkt von der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit von Unterlassungsklagen gegen den Staat auf die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs für derartige Klagen verlagert. Teilweise wird verkannt, daß es sich bei sog. Verwaltungshandeln zwar um keine obrigkeitliche, aber doch öffentlich-rechtliche Tätigkeit der Verwaltung handelt, und man bejaht infolgedessen zu Unrecht die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs unmittelbar auf Grund von § 13 GVG[144]). Zum Teil erkennt man zwar an, daß es sich hierbei um eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit der Behörde handelt, für die an sich die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet wäre, glaubt aber mangels anderweitgen Rechtsweges die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte hilfsweise nach Art. 19 IV S. 2 GG begründen zu müssen[145]). Die Unrichtigkeit letzterer Schlußfolgerung soll ja im Rahmen dieser Untersuchung bewiesen werden. In der Tat bereitet jedoch die Abgrenzung zwischen ordentlichem Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg dann erhebliche Schwierigkeiten, wenn die Abwehr drohenden sog. schlichten Verwaltungshandelns in Frage steht und diese Abgrenzung ausschließlich an Hand der herkömmlichen Unterscheidungsmerkmale der Ueber- und Unterordnung vorgenommen werden soll. Einmal schillert — wie viele rechtswissenschaftliche Begriffe — auch jener der Ueber- und Unterordnung in vielen Farben und Abstufungen. Tritt der Staat dem Bürger gegenüber, so besitzt er stets kraft der hinter ihm stehenden Macht ein gewisses Uebergewicht, mag er nun mit hoheitlichem Zwang arbeiten oder rein auf dem Boden des bürgerlichen Rechts tätig werden. Diesen Begriff der „Ueberordnung" meinen wir jedoch nicht als Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlich-rechtlichen und bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, obwohl er vielfach unausgesprochen das Vorstellungsbild beherrscht. Aber auch der Begriff der Ueberordnung im rechtlichen Sinn, daß dem Staat das Recht zustehe, dem Staatsbürger einseitig ein Handeln, Dulden oder Unterlassen aufzuerlegen und dies auch mit staatlichen Machtmitteln zu erzwingen[146]), stellt heute oft dann kein befriedigendes Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlich-rechtlicher und bürgerlich-rechtlicher Tätigkeit des Staates dar, wenn lediglich sog. schlichtes Verwaltungshandeln in Frage steht. Bereits Wolff[147]) hat zu Recht darauf hingewiesen, daß es auch im

144) So z. B. H. Schneider, Anm. zu einem Urteil des KG. vom 16. 9. 56 in NJW. 57, Seite 1076.

145) So z. B. OLG. Köln, U. v. 19. 11. 51, in DVBl. 52, S. 309 (311).

146) Es ist hier aber zu bedenken, daß einseitige verbindliche Gestaltungsrechte auch dem bürgerlichen Recht nicht unbekannt sind.

147) Verwaltungsrecht, Bd I., S. 69.

bürgerlichen Recht echte Unterordnungsverhältnisse gibt. Aber selbst wenn man diesen Vergleich zum bürgerlichen Recht nicht ziehen und gerade als Kennzeichen dieser Unterordnungsverhältnisse den hinter den staatlichen Aeußerungsformen stehenden rechtlichen Zwang durch staatliche Einrichtungen erblicken will, vermag dieser Begriff als Unterscheidungsmerkmal in obigen Fällen nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen zu führen. Die heutige „Daseinsvorsorge" hat umfassende Tätigkeitsbereiche der Verwaltung erschlossen, die zwar öffentlich-rechtlicher Art sind, aber die deshalb noch keinesfalls die Merkmale der Ueber- und Unterordnung im obigen Sinn erfüllen. Der Bürger fordert vom Staat heute nicht nur ein Einschreiten bei Störung der Ordnung, sondern auch in immer stärkeren Maße Sicherheit, Hilfe, Unterstützung, Rat und Tat[148]). Als Wohltaten spendender Staat erschöpft sich dessen Tätigkeit vielfach in bloßem Verwaltungshandeln. Für diese durchaus öffentlich-rechtliche Tätigkeit des Staates erweist sich die Vorstellung vom Ueber- und Unterordnungsverhältnis, dem Eingriff und Zwang innewohnt, heute in vielen Fällen als überholt. Es erheben sich somit Zweifel, ob die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlicher und bürgerlich-rechtlicher Tätigkeit der Verwaltungsbehörde — zumindest bei sogen. schlichtem Verwaltungshandeln — allein an Hand des Begriffs der sachlichen Ueber- und Unterordnung heute noch brauchbar ist, da sie die G e f a h r in sich birgt, von Grund auf öffentlich-rechtliche Tätigkeit der Verwaltung dem bürgerlichen Recht zuzuordnen.

Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, wollten wir für dieses unbefriedigende Unterscheidungsmerkmal der Ueber- und Unterordnung andere und brauchbarere Regeln einer Abgrenzung aufstellen. Es sei jedoch an die von Hans Julius Wolff[149]) vorgeschlagene Abgrenzungsmöglichkeit verwiesen, die gerade für diesen öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich der Verwaltung zu befriedigeren Ergebnissen führen kann. Er sieht den Unterschied von öffentlichem und bürgerlichem Recht in einer Verschiedenheit der die Rechtsordnung bildenden Rechtssätze. So wären Träger hoheitlicher Gewalt insoweit Rechtsträger des bürgerlichen Rechts, als sie sich derselben Rechtssätze bedienen, die für alle Rechtspersonen gelten, oder Tatbestände verwirklichen, die von jedermann ebenso verwirklicht werden können. Sie sind jedoch dann Rechtsträger des öffentlichen Rechts, wenn sie sich eines nur ihnen eingeräumten oder aufgelegten Sonderrechts bedienen oder Tatbestände verwirklichen, die s o nur vom Staat oder sonstigen Trägern hoheitlicher Gewalt verwirklicht werden können. Eine so vorgenommene Abgrenzung vermag unserer Ansicht nach eher der Tat-

148) Besonders deutlich zeigt dies die bekannte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (E. 1, S. 159 ff.; vgl. auch BVerwG. in DVBl. 57, S. 576 ff. - 580 -) über den Anspruch des Hilfsbedürftigen auf Fürsorgeunterstützung.

149) Arch. ö. R. 76 (NF. 37, 1950/51) S. 205/210 und Verwaltungsrecht I 1956, S. 69.

sache gerecht zu werden, daß der Unterlassungsanspruch des Staatsbürgers gegenüber dem hoheitlich handelnden Staat sowohl seiner Herkunft wie seinem Ziele nach öffentlich-rechtlich ist[150]). Folgt man dieser Unterscheidung von Wolff für öffentlich-rechtliche und bürgerlich rechtliche Tätigkeit der Verwaltung, so lassen sich viele verwaltungsrechtliche Sachverhalte, die von Grunde auf öffentlich-rechtlich sind, deren Einordnung unter die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten bei der herkömmlichen Unterscheidung von Ueber- und Unterordnung zumindest erhebliche Schwierigkeiten bereitet, verhältnismäßig leicht in den Bereich der Tätigkeit der Verwaltung einordnen, dem sie dem Grunde nach auch zugehören. Rupp[151]) hat dies sehr anschaulich am Beispiel des Steuerfibelfalles (Beispiel Ziff. 8) aufgezeigt und diese Nachweise ließen sich noch für viele ähnliche Beispiele, bei denen die Unterordnung unter öffentlich-rechtliche oder bürgerlich-rechtliche Tätigkeit unterschiedlich beantwortet wurde, wiederholen[152]).

Bei Klagen gegen drohende Amtshandlungen — Verwaltungsverfügungen oder auch sonstiges Verwaltungshandeln — wird es sich demnach in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten handeln, bei denen eine gesetzliche Vermutung für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte spricht. In aller Regel wird für solche Klagen gegen den Staat oder sonstigen Träger öffentlicher Gewalt die unmittelbare Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht gegeben sein. Diese Feststellung spricht gegen die Möglichkeit eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Amtshandlungen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Erst wenn diese Untersuchung über den vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß die geltenden Verwaltungsgerichtsordnungen nach ihrer Ausgestaltung einen solchen vorbeugenden Rechtsschutz verfahrensrechtlich nicht lückenlos und wirksam gewährleisten können, ergäbe sich für uns die Notwendigkeit einer Prüfung, ob und unter welchen Voraussetzungen hierfür die hilfsweise Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach Art. 19 IV S. 2 GG. begründet ist.

---

150) Vgl. Naumann, Gedächtnisschrift, S. 404.

151) In DVBl. 58 S., 115. Ablehnend die Anmerkung von Hans Schneider (NJW. 57, 1076 ff), der hier den ordentlichen Rechtsweg für zulässig hält.

152) Vgl. besonders unser Beispiel Z. 4 (Urteil des OLG. Köln vom 19. 11. 51 in NJW. 52, S. 187 ff). Den Verwaltungsrechtsweg bejahen in diesem Fall zu Recht Bettermann (Anm. hierzu in DVBl. 52, S. 312 ff.) und Klein (Anm. hierzu in DÖV. 52, S. 86).

Bei einer so vorgenommenen Abgrenzung wäre auch die nicht selten zu beobachtende „Flucht der Verwaltung aus dem öffentlichen Recht" in das bürgerliche Recht (Naumann auf der Marburger Tagung (VVDStRL. 11, 131) in gewissem Umfang Einhalt geboten. Vgl. hierzu Bachof, DÖV. 53, S. 417 ff (423) und unser Beispiel Ziff. 2, S. 13 („Auftragssperre").

4. Abschnitt:

Vorbeugender verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Lehre und Rechtsprechung

I) Auffassungen der Rechtslehre und Rechtsprechung zum vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung über die in der Verwaltungsgerichtsbarkeit eröffneten verfahrensrechtlichen Möglichkeiten eines vorbeugenden Rechtsschutzes sind u. a. vielfach dadurch beeinflußt, daß nicht immer klar unterschieden wird, einerseits zwischen den beiden hauptsächlichen Erscheinungsformen des vorbeugenden Rechtsschutzes — der vorbeugenden Unterlassungklage und der vorbeugenden Feststellungsklage — und andererseits zwischen vorbeugndem Rechtsschutz zur Abwehr drohender Verwaltungsverfügungen im herkömmlichen Sinne und zur Abwehr sonstigen schlichten Verwaltungshandelns.

1) Vorbeugender verwaltungserichtlicher Rechtsschutz in der Rechtslehre

In der Rechtslehre ist die Auffassung über die Möglichkeit eines vorbeugenden Rechtsschutzes gegenüber drohenden Amtshandlungen der Verwaltung geteilt.

Für den Ausbau eines solchen Rechtsschutzes hat sich, soweit ersichtlich, erstmals W. Jellinek eingesetzt, der sein Hauptaugenmerk stets in besonderem Maße auf den Rechtsschutz im öffentlichen Recht gerichtet hat. Bereits auf der Staatsrechtslehrertagung in Leipzig im Jahre 1925 hat er in seinem Bericht die allgemeine Einführung der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage in Hamburg und Bremen als einen echten Fortschritt in der Entwicklung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes hervorgehoben[153]). Unter Anführung einiger Entscheidungen erklärte er, es wäre bedauerlich, wenn die Verwaltungsgerichte den mit der Feststellungsklage eröffneten Rechtsschutz ohne Not einschränken würden. Gerade gegenüber drohenden aber vorläufig noch nicht erlassenen Verwaltungsverfügungen bestehe ein unverkennbares Rechtsschutzbedürfnis, dem man nicht gerecht werde, wenn man den Begriff des Rechtsverhältnisses zu eng umgrenze[154]). Auch eine verwaltungsgerichtliche Unterlassungsklage hielt W. Jellinek grundsätzlich für zulässig, da es mehr ein Zufall, keine Notwendigkeit sei, daß die allgemeine Freiheit und die einzelnen Freiheiten heute noch nicht durch

153) VVDStRL. 2, S. 8 ff., insbesondere S. 61/62. Siehe auch schon Verw.-Arch. Band 28, Seite 467.

154) VVDStRL. 2, Seite 62.

die verwaltungsgerichtliche Unterlassungsklage geschützt seien[155]). W. Jellinek erkannte sonach bereits frühzeitig das Bedürfnis nach einem vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Er versuchte diesem — da eine Unterlassungsklage nach dem damals geltenden Recht eindeutig ausgeschlossen war — dadurch abzuhelfen, daß er den Begriff des öffentlichen Rechtsverhältnisses bei der Feststellungsklage weiter als die damals herrschende Meinung ausdehnte. Nach seiner Auffassung sollte daher die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage die Aufgaben eines vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes mit übernehmen. Inzwischen hat sich jedoch, wie im ersten Abschnitt dieser Untersuchung gezeigt, die gesetzliche Lage der Gerichtsverfassung, des Verfahrens der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Verfassung gegenüber der damaligen Rechtslage entscheidend gewandelt. So erscheint es verwunderlich, daß trotz dieser dem Rechtsstaatsbegriff angepaßten veränderten Rechtslage in der Rechtslehre die Forderung nach einem vorbeugenden Rechtsschutz nur von Naumann[156]) mit Nachdruck wieder aufgenommen worden ist. Naumann, der insbesondere die sog. „vorbeugende Feststellungsklage" im Auge hat, will in Anlehnung an W. Jellinek durch weitherzige Auslegung des Begriffs Rechtsverhältnis dem Bürger mittels der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage einen Rechtsschutz gegen drohende Verwaltungsmaßnahmen gewähren. Er hält auch eine Unterlassungsklage, die allerdings in seiner Untersuchung über den vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit nur zweitrangige Bedeutung hat, allgemein für möglich. Nach seiner Auffassung folgt der Unterlassungsanspruch „über Artikel 19 IV GG. aus dem Recht auf Freiheit von ungesetzlichen Maßnahmen, der dann rechtsschutzbedürftig und klagbar wird, wenn er von Seiten der öffentlichen Gewalt durch Inaussichtstellung nachteiliger Verwaltungsmaßnahmen gefährdet wird"[157]). Die Klagbarkeit dieses Anspruchs möchte er — ohne daß ihn eine ausdrückliche Bestimmung in den Verwaltungsgerichtsgesetzen für klagbar zu erklären bräuchte — unmittelbar aus dem Grundsatz der Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten herleiten, so wie sich dies für die bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten aus § 13 GVG. ergibt[158]). Dieser Auffassung wollen sich offenbar auch Maunz-Dürig[159]) und von Krosigk[160]) anschließen, die auf die Ausführungen von Naumann verweisen. Auch Bachof hält eine

155) Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 208.

156) In Verh. des 38. dt. Juristentages, Abt. D, S. 32 ff. und insbesondere „Vom vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit" in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 391 ff. (Gedächtnisschrift).

157) Gedächtnisschrift S. 403/404.

158) Gedächtnisschrift S. 404.

159) Grundgesetz, Anm. 14 zu Art. 19 IV S. 6.

160) In DÖV. 1956 S. 690 ff. (692).

Unterlassungsklage für möglich, die je nach der Art des angegriffenen Rechts vor die ordentlichen Gerichte oder als Parteistreitigkeit vor die Verwaltungsgerichte gehöre[161]). Die Möglichkeit eines vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit bejahen weiter Mangoldt-Klein[162]), die diese Forderung aus Art. 19 IV GG. herleiten wollen und Hamann[163]), der zwar eine „solche Gestaltung des Rechtswegs nicht für verfassungsrechtlich geboten, wohl aber für zulässig" hält. Neuerdings ist noch Rupp[164]) für die grundsätzliche Zulässigkeit von Unterlassungsklagen durch Verwaltungsgerichte eingetreten, verneint jedoch für eine solche zur Abwehr einer drohenden Verwaltungsverfügung im Hinblick auf die Möglichkeit der Aussetzung der sofortigen Vollziehung nach Erlaß der Verfügung das Rechtsschutzbedürfnis. Hingegen hält Ringe[165]) zwar eine „im Wege der anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" verfolgbare Unterlassungsklage wegen drohenden Verwaltungshandelns für möglich, eine solche gegen drohende Verwaltungsverfügungen jedoch überhaupt — nicht nur wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses — für unzulässig. Daneben findet sich in der Rechtslehre noch vielfach die Auffassung, Unterlassungsklagen zur Abwehr drohenden Verwaltunghandelns seien als andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zulässig[166]). Doch zeigen insbesondere die Anmerkungen von H. Schneider zu einem Urteil des KG. vom 16. 9. 56[167]) und von Walz[168]), Klein[169]) und Bettermann[170]) zu einem Urteil des OLG. Köln vom 19. 11. 51, daß es in diesem Zusammenhang weniger um die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit von Unterlassungsklagen wegen drohenden sog. schlichten Verwaltungshandelns als vielmehr der Zulässigkeit des ordentlichen oder des Verwaltungsrechtsweges geht.

Für die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage tritt insbesondere auch Fenge[171]) ein.

Schließlich verdient noch besondere Erwähnung die sog. „Wiederherstellende Unterlassungsklage" Bettermanns, die er ebenso wie den Folgenbeseitigungsanspruch aus § 1004 BGB. herleiten möchte[172]).

---

161) Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 87.
162) Mangoldt - Klein, Das Bonner Grundgesetz, 1957, Anm. VII zu Art. 19 S. 568.
163) „Das Grundgesetz" 1956, Anm. 14 zu Art. 19 IV S. 177.
164) In DVBl. S. 119.
165) In DVBl. 58 S. 380.
166) Vgl. z. B. Menger DÖV. 55 S. 587 ff. (591), Verw. Arch. Bd 48 (1957) S. 175 und Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 347 ff. (357/58). Walz, Anm. zu dem Urteil des OLG. Köln vom 19. 11. 51, JZ. 52, S. 223.
167) In NJW. 1957 S. 1076.
168) In JZ. 1952 S. 223 ff.
169) In DÖV. 1952 S. 285 f.
170) In DVBl. 1952 S. 312 ff.
171) In DÖV. 1956 S. 392 ff.
172) In DÖV. 1955 S. 534/535.

Diejenigen Vertreter der Rechtslehre, die einen vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich ablehnen, begründen ihre Auffassung überwiegend mit dem Hinweis auf einige ablehnende verwaltungsgerichtliche Entscheidungen. So wird die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Unterlassungsklage vielfach mit dem kurzen Satz verneint, solange noch keine Verwaltungsverfügung erlassen sei, sei eine Klage auf Unterlassung einer solchen nach dem geltenden Recht - auch als sonstige Streitigkeit des öffentlichen Rechts - unbekannt[173]). Buri[173a]) hingegen ist der Ansicht, eine vorbeugende Unterlassungsklage sei im geltenden Recht deshalb unzulässig, weil kein sachlich-rechtlicher Anspruch auf Unterlassung einer drohenden Verwaltungsverfügung bestehe. v. Turegg, der seine ablehnende Auffassung eingehender begründet, hält die vorbeugende Unterlassungsklage „für das geltende Verwaltungsrecht nicht brauchbar[174]).

Die Ablehnung einer vorbeugenden Feststellungsklage zur Abwehr drohender Verwaltungsmaßnahmen finden wir überwiegend damit begründet, ein Sachverhalt, der erst in Zukunft Rechtsbeziehungen hervorrufen könnte, erfülle nicht die Voraussetzungen eines feststellbaren Rechtsverhältnisses, woraus dann die Folgerung gezogen wird, eine vorbeugende Feststellungsklgage sei dem geltenden Recht unbekannt[175]). Es hat den Anschein, daß die Verwendung der allgemein anerkannten Meinung, die bloße Möglichkeit künftiger Rechtsverhältnisse sei noch kein Rechtsverhältnis[176], als Begründung dafür herangezogen wird, daß auch eine Feststellungsklage zur Abwehr drohender Amtshandlungen unzulässig sei. Daß dies nicht so allgemein behauptet werden kann, sondern eine Frage der Auslegung des Begriffs Rechtsverhältnis ist, soll bei den Untersuchungen über die Feststellungsfrage als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes eingehend dargelegt werden. (Siehe S. 94 ff.). Redding[177]) hält für den Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165 eine Feststellungsklage einmal mit dem Hinweis auf die Zukunftswirkung einer im Sinne des Klagantrags ergehenden Entscheidung und zum andern deshalb für unzulässig, weil sonst die im Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165 nicht vorgesehene selbständige Rechtssatzüberprüfung durch Verwaltungsgerichte über die Vorschriften der Feststellungsklage eingeführt werde.

---

173) So z. B. noch Menger, in System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 39, Anm. 3; Klingler, MRVO., S. 181, Anm. 132; neuerdings unter Bezug hierauf auch Redeker, NJW 59 S. 750.

173a) In DÖV. 57 S. 102.

174) „Gefährliche und gefährdete Generalklausel" 1956 S. 72 73 (Generalklausel).

175) So offenbar Menger, System, S. 236; Klingler, MRVO., S. 346, Anm. 260; v. Turegg, Generalklausel, S. 73.

176) Vgl. hierzu besonders W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. S. 192 und v. Kohler, Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, 1935, S. 204 ff.

177) In DÖV. 1956, S. 388 ff. (S. 391).

2.) Vorbeugender verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in der Rechtsprechung.

Während die Auffassungen in der Rechtslehre über einen vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit noch zumindest geteilt sind, steht die Rechtsprechung einem solchen Rechtsschutz durchweg ablehnend gegenüber.

a) Vorbeugende Unterlassungsklage?

Einhellig steht die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß eine Klage auf Unterlassung einer drohenden Verwaltungsverfügung nach geltendem Recht unzulässig sei. So hat z. B. das OVG. Hamburg in einem seither viel erwähnten Urteil vom 27. 9. 51[178]) unter Ziffer 2 seines Leitsatzes ausgeführt, daß „eine Klage auf Unterlassung von Verwaltungsverfügungen dem geltenden Recht unbekannt" sei. In dem gleichen Sinn etwa äußerte sich auch das OVG. Lünburg[179]). Dieser Auffassung haben sich in der Folgezeit sämtliche Verwaltungsgerichte angeschlossen[180]) und sind ihr auch bis in die jüngste Zeit hinein treu geblieben[181]). Zwar haben die Verwaltungsgerichte in manchen Fällen ein Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte keineswegs verkannt. Sie suchten jedoch diesem teilweise dadurch gerecht zu werden, daß sie den Begriff der Verwaltungsverfügung sehr weit und vom Bedürfnis nach Rechtsschutz her gesehen auslegten, um dem Bürger Rechtsschutz durch die Anfechtungsklage zu eröffnen[182]). Zum Teil wurde aus demselben Grunde auf dem Weg über einen Unterlassungsanspruch eine Feststellungsklage zugelassen, die sich auf das Nichtbestehen des vom Staat in Anspruch genommenen Rechts erstreckte[183]).

Der Württ.-Bad. VGH. folgt hingegen der bereits vom früheren Württ. VGH. und OLG. Stuttgart[184]) vertretenen Auffassung, daß in Württemberg bei Unterlassungsklagen gegen Störungen eines verliehenen Wassernutzungsrechts die Verwaltungsgerichte zuständig seien[185]). Ent-

---

178) Urteil vom 27. 9. 51 Verw.Rspr. Bd. 4 S. 348 ff. = DVBl. 52 S. 86 und S. 321 Nr. 98 = MDR. 52 S. 186.

179) Urteil vom 26. 6. 51 in DVBl. 51 S. 609.

180) Vgl. etwa OVG. Koblenz, U. v. 3. 6. 54 AS. Bd. 1 Seite 350 ff. (353); OVG. Münster U. v. 24. 11. 55 in DÖV 56 S. 411 = DVBl. 56 S. 275 Nr. 78.

181) So etwa OVG. Münster, Beschl. vom 28. 2. 57, in NJW. 57 S. 1251 = MDR. 57, S. 572; vgl. auch Beschluß des OVG. Lüneburg vom 28. 1. 59, NJW. 59 S. 1197.

182) Vgl. zu diesen Versuchen Menger, Verw.Arch. Bd. 48 (1957) S. 174/175.

183) So etwa OVG. Rheinl.-Pfalz, U. v. 3. 6. 54, ASI. S. 350.

184) Vgl. Württ. Z. 1923, Beil. 43; Württ. Z. 1926, Beil. S. 55.

185) Württ.-Bad. VGH. Stuttgart, Beschl. v. 31. 3. 49 mit zustimmender Anmerkung von Bachof in NJW. 49 S. 838 ff.

scheidungen anderer Verwaltungsgerichte, die sich mit der Frage des vorbeugenden Rechtsschutzes gegen drohendes sog. schlichtes Verwaltungshandeln befassen, sind nicht ersichtlich. Da in diesem Zusammenhang bisher der Schwerpunkt bei der Frage lag, ob für diesen Unterlassungsanspruch der ordentliche oder der Vewaltungsrechtsweg gegeben sei, wurden solche Unterlassungsklagen hauptsächlich an die ordentlichen Gerichte herangetragen. Ueberwiegend vertreten die ordentlichen Gerichte hierbei zu Recht die Auffassung, ein solches Klagebegehren falle unter die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte[186]). In sehr eingehenden Erörterungen kommt zwar das OLG. Köln[187]) zu dem überzeugenden Schluß, daß die beanstandete Verbreitung der Druckschrift in die amtliche, dem öffentlichen Aufgabenkreis zuzurechnende Tätigkeit des Bundesministeriums falle, aber trotzdem nicht dem Begriff der Verwaltungsverfügung zuzuordnen sei. Allerdings erscheint seine Schlußfolgerung, deshalb sei der Verwaltungsweg auszuschließen und nach Art. 19 IV S. 2 GG. die hilfweise Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zu eröffnen, nicht zwingend. Sie zegt deutlich die auch den ordentlichen Gerichten bekannte Scheu der Verwaltungsgerichte, Unterlassungsklagen gegen drohendes Verwaltungshandeln zuzulassen. Zu Recht hat Menger[188]) in seiner Besprechung dieses Urteils darauf hingewiesen, daß diese Scheu durch die „merkwürdige Zurückhaltung der Verwaltungsgerichte bei Verwendung der Einrichtung der sonstigen öffentl. Streitigkeiten", worunter er solche Unterlassungsklagen einreihen möchte, mit begründet sei. Im Rahmen dieser Untersuchung soll gezeigt werden, daß unsere geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze durchaus verfahrensrechtliche Möglichkeiten für solche Unterlassungsklagen gegen drohendes Verwaltungshandeln bieten, begibt man sich nur auf die Suche nach ihnen.

b) Vorbeugende Feststellungsklage?

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist auch die Auffassung vorherrschend, daß gegen drohende Amtshandlungen der Verwaltung nicht einmal die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage möglich sei[189]). Die hierzu angeführten Begründungen sind nicht einheitlich. Zum Teil werden diejenigen Gründe, die nach Ansicht des Gerichts gegen die Zulässigkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage sprechen, chne nähere Prüfung zur Ablehnung einer vorbeugenden Feststellungsklage übernommen. So folgert z. B. das OVG. Münster, wenn eine Klage auf Unterlassung einer Verwaltungsverfügung unzulässig sei, müsse auch

---

186) Vgl. etwa BGH., U. vom 10. 7. 54 in NJW. 54 S. 1486; U. vom 30. 11. 55 in NJW. 56, S. 711 ff.; KG. U. v. 18. 9. 56 in NJW. 57 S. 1076 ff.

187) Urteil vom 19. 11. 51 in NJW. 1952 S. 187 ff.

188) Verw.Arch. Bd. 48 S. 175 und in Gedächtnisschrift S. 347 ff. (351/356/357).

189) Vgl. Naumann, Verh. des 38. dt. Juristentages, Abt. D. S. 33.

eine dahingehende Feststellungsklage unzulässig sein[190]). Auch das OVG. Hamburg begründet die Unzulässigkeit einer Feststellungsklage gegenüber einer drohenden Amtshandlung mit dem bloßen Hinweis, daß die Feststellungsklage auch unzulässig sei, „wenn der Staatsbürger seinem auf selbständige Normenentscheidung oder auf Erlaß eines Unterlassungsbefehls gerichteten Begehren äußerlich die Form einer Feststellungsklage gebe[191]). Teilweise erscheint den Verwaltungsrichtern die Feststellungsklage zur Abwehr drohender Verwaltungsmaßnahmen deshalb ungeeignet, weil sie den Begriff des Rechtsverhältnisses zu eng auslegen, was vielfach bis zu der Behauptung geht, vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung liege noch kein feststellbares Rechtsverhältnis vor[192]). Auch die Verwaltungsgerichte scheinen — wie ein Teil der Rechtslehre — oft zu verkennen, daß die Unzulässigkeit einer Feststellungsklage wegen bloß möglicher künftiger Rechtsbeziehungen noch nicht ohne weiteres auch in jedem Fall die Unzulässigkeit einer Feststellungsklage zur Abwehr drohender Amtshandlungen bedeutet. Unsere Untersuchungen über die Feststellungsklage sollen zeigen, daß die Geeignetheit der Feststellungsklage als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausschließlich von der Auslegung des Begriffs des Rechtsverhältnisses abhängt.

II.) Auseinandersetzung mit den ablehnenden Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung.

1) Die in Lehre und Rechtsprechung zur Ablehnung eines vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorgebrachten Gründe.

Die Gründe, die in Rechtslehre und Rechtsprechung zur Ablehung eines vorbeugenden Rechtsschutzes gegen drohende Amtshandlungen durch Verwaltungsgerichte angeführt werden, lassen sich in folgende Hauptgesichtspunkte zusammenfassen.

a) Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung.

Einmal wird ein vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung abgelehnt. Nach dem Aufbau des gesamten Verwaltungsrechtsschutzes liege die Aufgabe der Verwaltungsgerichte nicht in der Fortsetzung der Verwaltung mit

190) U. vom 24. 11. 55, DÖV. 56, 411; Beschl. vom 8. 2. 57 in NJW. 57, 1251, worin allerdings hilfsweise auch noch das Vorliegen eines feststellbaren Rechtsverhältnisses verneint wird.

191) U. vom 27. 9. 51 Verw.Rspr. Bd. 4 S. 384 ff. (388).

192) So offenbar OVG. Lüneburg, U. vom 28. 6. 51 DVBl. 51 S. 609 ff (610) und das von Naumann (Verh. des 38. dt. Juristentages, Abt. D. S. 34) erwähnte Urteil des OVG. Hamburg vom 13. 3. 1950.

anderen Mitteln, sondern in der Entscheidung. („Die Verwaltungsgerichte sprechen Recht, aber sie verwalten nicht." — So ausdrücklich: B. des OVG. Münster vom 8. 2. 1957 NJW. 57, S. 1251). Ihre Tätigkeit sei daher auf die Ueberwachung der Verwaltung beschränkt. Die Verwaltungsgerichte seien kein übergeordneter Teil der Verwaltung, sondern als echte Gerichte ausgestaltet und somit Teil der rechtsprechenden Gewalt. Würde das Verwaltungsgericht also — als echtes Gericht — durch Urteilsspruch der Verwaltungsbehörde verbieten, eine künftig beabsichtigte oder mögliche Verwaltungsmaßnahme zu erlassen, so würde es dadurch in die Tätigkeit der Verwaltung eingreifen und den in Art. 20 II GG. enthaltenen Grundsatz der Gewaltenteilung verletzen[193]). Dem stünde auch nicht entgegen, daß die Verwaltungsgerichtsgesetze dem Staatsbürger das Recht gäben, durch Klage vor den Verwaltungsgerichten den Erlaß einer Amtshandlung unter bestimmten Voraussetzungen zu erzwingen. Denn hier verfolge er ihm zustehende Rechtsansprüche auf ein bestimmtes Tätigwerden der Verwaltung, während ein Rechtsanspruch auf eine Untätigbleiben der Verwaltung nicht bestehe[194]).

b) Bedenken aus rechtspolitischen Gesichtspunkten.

Weiter wird auch ein rechtspolitischer Gesichtspunkt zur Ablehnung eines solchen vorbeugenden Rechtsschutzes mit herangezogen. Die Wirkungen eines unrichtigen Urteils über die Gültigkeit einer bereits erlassenen Verwaltungsverfügung seien auf diese bestimmte behördliche Einzelmaßnahme beschränkt und allzu große Schwierigkeiten würden der Verwaltung dadurch nicht erwachsen. Die Wirkungen einer unrichtigen Entscheidung über die Zulässigkeit künftiger Verwaltungsmaßnahmen wären dagegen sehr viel größer und könnten, wenn die Entscheidung den Erlaß der künftigen Maßnahme verbiete, die ganze Verwaltung lahmlegen[195]). In diesem Zusammenhang wird vielfach noch angeführt, daß ein ursprünglich inhaltlich berechtigtes Unterlassungsurteil infolge veränderter Verhältnisse zu einer unerträglichen Hemmung der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung führen würde. Der Gesetzgeber könne daher eine solche Unterlassungsklage nur dann zulassen, wenn er zugleich eine Abänderungsmöglichkeit für den Fall vorsehe, daß sich die Verhältnisse nachträglich ändern. Eine solche Abänderungsmöglichkeit bestehe wohl für die ordentliche Gerichtsbarkeit in gewissem Umfang durch die Abänderungsklage nach § 323 ZPO. Das heutige Verwaltungsstreitverfahren kenne jedoch einen solchen Rechtsbehelf nicht. Die be-

193) So neuerdings auch Less, DÖV. 57 S. 418 und offenbar auch Ehrig, NJW. 59 Seite 219.

194) Vgl. z. B. OVG. Münster U. vom 24. 11. 55, DÖV. 56, 411; Beschl. vom 8. 2. 27 NJW. 57 S. 1251 und Buri in DÖV. 57 S. 102.

195) Vgl. z. B. v. Turegg, Generalklausel S. 72 und OVG. Hamburg U. vom 27. 9. 51 Verw.Rspr. Bd. 4 S. 384 ff. (387).

klagte Verwaltung sei demzufolge, falls ihr der Erlaß einer drohenden Amtshandlung durch Richterspruch untersagt werde, an eine solche Entscheidung gebunden, ohne eine Abänderungsmöglichkeit zu besitzen, wie sie die Abänderungsklage nach § 323 ZPO. für das bürgerliche Rechtsstreitverfahren darstelle. Auch dies spreche dafür, daß der Gesetzgeber die Unterlassungsklage habe ausschließen wollen[196]).

c) Fehlen einer ausdrücklichen Regelung der Unterlassungsklage in den geltenden Verwaltungsgerichtsordnungen.

Schließlich wird gegen die Unterlassungsklage als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes noch vorgebracht, diese Klageart habe in den Verwaltungsgerichtsgesetzen keine Erwähnung gefunden. Den Verwaltungsgerichtsordnungen seien im Zusammenhang mit einem Verwaltungsstreitverfahren nur drei Arten von Klagen bekannt: Anfechtungsklage, Feststellungsklage und Vornahmeklage, nicht aber eine Unterlassungsklage. Hierbei handele es sich um keine ausfüllungsfähige und -bedürftige Lücke des Gesetzes, sondern der Gesetzgeber habe die Unterlassungsklage im „Katalog der Klagen[197]) ausschließen wollen. Die geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze seien nach der Ausgestaltung ihrer Klagearten überhaupt einem vorbeugenden Rechtsschutz grundsätzlich abgeneigt. Aber auch bei hilfsweiser (§ 34 VGG. § 26 BVerw.GG.) oder einer auf Grund von Art. 19 IV Satz 2 GG. zu erfolgenden Uebernahme von Einrichtungen aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit könne eine Unterlassungsklage im Verwaltungsstreitverfahren nicht für zulässig erklärt werden, da vor Erlaß der betreffenden Maßnahme noch kein feststellbares Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO. vorliege[198]).

2) Auseinandersetzung mit diesen ablehnenden Auffassungen.

Ohne diese teilweise beachtlichen und im Ansatzpunkt berechtigten Gesichtspunkte zu unterschätzen, kann doch festgestellt werden, daß sie als Begründung für eine grundsätzliche Ablehnung des vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit[199]) einer näheren Prüfung nicht standhalten.

---

196) Vgl. Redding, DÖV. 56, 388 ff. (391); OVG. Hamburg U. vom 27. 9. 51 a.a.O.

197) So v. Turegg, Generalklausel S. 73; OVG. Hamburg U. vom 27. 9. 51 a.a.O. OVG. Münster U. vom 24. 11. 55 DÖV. 56 S. 411.

198) So v. Turegg, Generalklausel S. 73.

199) Hier sollen insbesondere die Einwände gegen eine vorbeugende Unterlassungsklage erörtert werden. Die von uns hierzu vorgetragenen Gedanken gelten auch für die Ansichten in Lehre und Rechtssprechung, die eine vorbeugende Feststellungklage allein wegen der nach ihrer Auffassung unzulässigen vorbeugenden Unterlassungklage ablehnen. Dagegen soll die Behauptung, vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung liege noch kein Rechtsverhältnis vor, bei der Feststellungsklage geprüft werden. (S. 96 ff.)

a) Grundsatz der Gewaltenteilung.

Dem zur grundsätzlichen Ablehnung eines vorbeugenden Rechtsschutzes herangezogenen Grundsatz der Gewaltenteilung kann nur insoweit gefolgt werden, daß die heutigen Verwaltungsgerichte als echte Gerichte der rechtsprechenden Gewalt und nicht der Verwaltung zuzuordnen sind und daß dieser Grundsatz der Gewaltenteilung im Bonner Grundgesetz verfassungsmäßig festgelegt ist.

aa) Verwaltungsgerichte sind echte Gerichte.

Bereits unsere begrifflichen Vorbemerkungen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (S. 19 ff.) haben uns gezeigt, daß die Verwaltungsgerichte heutigen Stils als echte Gerichte der rechtssprechenden und nicht der vollziehenden Gewalt angehören.

bb) Grundsatz der Gewaltenteilung verfassungsmäßig festgelegt.

Das Bonner Grundgesetz bekennt sich auch ausdrücklich in Art. 20 Abs. II S. 2 zur Gewaltenteilung. Durch die Wortunterschiede „geht aus" in Satz 1 und „wird ausgeübt" in Satz 2 unterscheidet das Grundgesetz in Art. 20 II erfreulich klar zwischen Trägerschaft und Ausübung der Staatsgewalt. Träger der Staatsgewalt ist immer das Volk in seiner Gesamtheit, während Ausübender der Staatsgewalt immer nur ein Teil desselben, nämlich die durch Wahlen und Abstimmungen tätig mitwirkende Bürgerschaft ist. Nach dem BGG. beschränkt sich jedoch die politische Willensbildung des Volkes darauf, Abgeordnete zu wählen (Art. 38, GG.), die in ihrem Zusammenwirken im Bundestag das Volk vertreten. Es fehlen jedoch — mit Ausnahme eines unmittelbaren Volksbegehrens und Volksentscheids bei Neugliederung eines Bundesgebietes Art. 29 II und III, Art. 118 GG. (vgl. auch Ges. über Volksbegehren und Volksentscheid bei Neugliederung des Bundesgebiets nach Art. 29 Abs. II—IV vom 23. 12. 55, BGBl. I, S. 835) — alle Merkmale einer unmittelbaren Volksherrschaft, insbesondere die Wahl der Staatsspitze durch das Volk (Wahl durch Bundesversammlung Art. 54 GG.), die Abberufung des Bundestages durch das Volk (vgl. Art. 63 III und 18 I GG.) und auch andere Entscheidungen im Wege der Volksabstimmung. Die durch unsere — nach dem Zusammenbruch entstandene — Besonderheit bedingte Ausnahme bei Neugliederung des Bundesgebietes rechtfertigt allein nicht die Behauptung, die Staatsgewalt werde unmittelbar vom Volke durch Abstimmung ausgeübt. Vielmehr hat sich unser Grundgesetz trotz der Bestimmung des Art. 20 II S. 1, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, nach seiner Gesamtauffassung fast ausschließlich

für eine mittelbare Volksherrschaft ausgesprochen[200]) und die Ausübung der Staatsgewalt der Gesetzgebung, der Rechtssprechung und der vollziehenden Gewalt besonderen Willensträgern zugewiesen. Dieser in Art. 20 II Satz 2 GG. zum Ausdruck gekommene Grundsatz der Gewaltenteilung klingt auch in Art. 1 III, 20 III, 92 in Verbindung mit Art. 97 I GG. sowie in den Ueberschriften der Abschnitte VII, VIII, IX des Grundgesetzes an.

cc) Bedeutung des Grundsatzes der Gewaltenteilung im heutigen Rechtsstaat

Soweit jedoch Lehre und Rechtssprechung die Unzulässigkeit eines vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit diesem Grundsatz der Gewaltenteilung begründen, gehen sie von einer falschen Auffassung über die heutige Bedeutung dieses Grundsatzes aus. Wenn man in diesem Zusammenhang mit dem Gedanken der Gewaltenteilung überhaupt arbeiten will, so kann die Frage nur lauten, ob für Unterlassungsklagen gegen drohende Amtshandlungen schlechthin der Rechtsweg — ob zu den Verwaltungsgerichten oder zu den ordentlichen Gerichten — beschritten werden kann[201]). Würde nämlich der Grundsatz der Gewaltenteilung jeden Eingriff eines Gerichts in die öffentlichrechtliche Tätigkeit einer Verwaltungsbehörde verbieten, so dürfte es weder eine Verwaltungs- noch eine Steurgerichtsbarkeit geben, deren Tätigkeit im wesentlichen gerade in der Aufhebung von Verwaltungsverfügungen und in der Verurteilung der Behörden zur Vornahme von Amtshandlungen besteht. Bei überspitzter Anwendung dieses Grundsatzes könnte auch in den Fällen der reinen Anfechtungsklage das Gericht nur die Möglichkeit haben, die Verwaltungsbehörde zur Aufhebung der Verwaltungsverfügung zu verurteilen. Die Verwaltungsgerichtsgesetze sind jedoch einen anderen Weg gegangen und verpflichteten die Verwaltungsgerichte, die angefochtene fehlerhafte Verfügung aufzuheben, also in den Zuständigkeitsbereich einer „anderen" Gewalt einzugreifen[202]). Insbesondere aber zeigt die nun in allen Verwaltungsgerichtsordnungen

---

200) Im Ergebnis ebenso: Friesenhahn, Recht — Staat — Wirtschaft II (1950) S. 164 bis 181 (172); Giese, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1955 mit Nachtrag 1956 Erl. II 3 a 6 zu Art. 20; Grewe, DRZ. 49 S. 313—317 (316); Maunz, Staatsrecht 5. Auflage 1956 S. 61; Peters, in Giacometti — Festschrift, 1953 S. 236; Wernicke, Bonner Kommentar, Erl. II 2 e—g zu Art. 20.
In der Weimarer Reichsverfassung dagegen finden wir außer der Volksabstimmung über Gebietsänderungen (Art. 18 WV.) eine unmittelbare Beteiligung des Volkes im Gegensatz zum BGG. z. B. bei der Wahl des Reichspräsidenten (Art. 41 WV.) und vor allem beim Volksgesetzgebungsverfahren nach Art. 73 Abs. I, II und III WV., wonach ein Gesetz bei best. Voraussetzungen zum Volksentscheid zu bringen ist und in dem Falle der Art. 74 III WV. und 75, 76 WV.

201) Vgl. Rupp, in DVBl. 58 S. 118.

202) Vgl. Bachof, in JZ. 54 S. 422.

vorgesehene Vornahmeklage, bei der den Verwaltungsgerichten die Möglichkeit gegeben ist, durch Urteilsspruch die Verwaltung zur Vornahme einer bestimmten Amtshandlung zu verpflichten, daß der Grundsatz der Gewaltentrennung nach heutiger Auffassung keinesfalls jeden Eingriff der Rechtssprechung in die Tätigkeit der Verwaltung verbietet. Der Unterschied, daß bei der Vornahmeklage der Staatsbürger ein Tätigwerden der Behörde verlangt, während mit der Unterlassungsklage ein Untätigbleiben der Behörde begehrt wird[203]), ist vom Grundsatz der Gewaltenteilung her bedeutungslos. Jede Beweisführung mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung ist daher bereits im Ansatz verfehlt. In Wahrheit besteht nach dem heutigen rechtsstaatlichen Begriff der Gewaltenteilung die Aufgabe der rechtsprechenden dritten Gewalt — also auch der Verwaltungsgerichte als echte Gerichte — gerade darin, rechtswidriges Handeln von Einrichtungen anderer Gewalten zu überwachen und unter Umständen zu beseitigen[204]). Der dem Grundgesetz zugrundeliegende Grundsatz der Gewaltenteilung ist zur Gewaltenüberprüfung entwickelt worden und zwar — wie Art. 93, 100 und vor allem auch 19 IV GG. zeigen — zu einer vornehmlich durch die Rechtsprechung ausgeübten Gewaltenüberprüfung[205]). Es macht gerade das Wesen des Rechtsstaats aus, daß der Staat in gleichem Maße wie der Bürger unter die Herrschaft von Recht und Gericht gestellt ist[206]). Diese heutige überhöhte Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt war Anlaß für Jahrreiß, von einem „Rechtswegstaat“[207]) und einem „Rechtsprechungsstaat“[208]) zu sprechen. Man mag diese Entwicklung begrüßen oder ablehnen[209]), keinesfalls kann jedoch unter der Geltung des Bonner Grundgesetzes die Unzulässigkeit eines vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Gewaltenteilung begründet werden.

Die in ganz anderem Zusammenhang zu stellende Frage, ob überhaupt ein Rechtsanspruch auf ein Untätigbleiben der Verwaltung bestehe, soll an anderer Stelle geprüft werden. (S. 119 ff.)

---

203) So z. B. OVG. Münster, vom 8. 2. 57 in MDR. S. 572.

204) Vgl. Menger, System, S. 168

205) So Forsthoff, Verwaltungsrecht, 6. Aufl. S. 450 ff.; Jesch, Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, 1956, S. 115 ff. (119) mit weiteren Nachweisen; Maunz-Dürig, Grundgesetz Anm. I 2 b zu Art. 19 IV S. 5.

206) Bettermann, in DVBl. 52 S. 312.

207) Verhandlungen des 37. deutschen Juristentages S. 33; Recht - Staat - Wirtschaft, II, S. 213 ff.

208) Recht - Staat - Wirtschaft, II, S. 213.

209) Ablehnend etwa W. Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem; Vgl. jedoch Ule, Bonner Grundgesetz und Verwaltunggerichtsbarkeit.
Vgl. hierzu auch Maunz-Dürig, Grundgesetz Anm. 1 2 b zu Art. 19 IV S. 5. Ablehnend zur Vielfalt der Rechtswege auch Becker, VVDStRL. 14 S. 117 f.

b) Rechtspolitische Bedenken.

Auch die zur Ablehnung eines vorbeugenden Rechtsschutzes herangezogenen rechtspolitischen Gesichtspunkte, die auf die Rechtskraft fehlerhafter Entscheidungen und die Zukunftswirkung einer auf einen Unterlassungsanspruch ergehenden Entscheidung abheben, haben zwar eine gewisse Berechtigung. Abgesehen davon, daß sie vom Ausnahmefall der unrichtigen Entscheidung ausgehen, ist diesen Bedenken zuzugeben, daß der Bestand verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen in weit höherem Maße als in anderen Rechtsgebieten dem Wandel der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen ausgesetzt ist. Bei Aenderung der tatsächlichen[210]) oder rechtlichen[211]) Grundlagen einer bereits erlassenen Verwaltungsverfügung kann zudem unter gewissen Voraussetzungen ein Widerruf ausgesprochen oder eine neue Verfügung erlassen werden. Nun ist es andererseits jedoch auch Aufgabe der Verwaltung, zu jeder Zeit die auf Grund der öffentlichen Belange notwendigen Maßnahmen zu treffen[212]). Nicht zuletzt ist aus diesen Gründen die sachliche Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen[213]) fragwürdiger als diejenige von Urteilen der Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit, denn die Verwaltungsbehörden könnten ihrer Aufgabe nicht gerecht werden, wenn sie zu sehr durch die Rechtskraftwirkung einer früheren verwaltungsgerichtlichen Entscheidung gehindert wären. Ein Festhalten an dem Begriff der Rechtskraft im sachlichen Sinne auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist tatsächlich nur dann möglich und denkbar, wenn die durch sie verursachte Dauerwirkung durch die möglichst weitgehende Bezogenheit des Urteils auf den Einzelfall aufgewogen wird. Insoweit ist also dieser Beweisführung in Lehre und Rechtsprechung voll beizutreten. Diese Bezogenheit ist nun in hohem Maße bei einem Anfechtungsurteil gegeben. Es ist nicht zu verkennen, daß die Schwierigkeiten in dem Verhältnis wachsen, in welchem die verwaltungsgerichtliche Entscheidung weiter in die Zukunft reicht. Doch haben diese Bedenken, die auch für die ebenfalls in die Zukunft blickende Vornahmeklage in gewissem Umfang zu gelten haben, den Gesetzgeber von deren allgemeinen Einführung nicht abgehalten. Ohne die beachtlichen Schwierigkeiten zu verkennen, welche die Zulässigkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage für die Verwaltungsgerichte mit sich bringt, so reicht

---

210) Vgl. BGHZ. U. vom 3. 12. 53 Verw.Rspr. 6 S. 288; Sommer, DÖV 54 S. 716 ff.

211) Vgl. BGHZ. U. vom 26. 2. 51 Verw.Rspr. 3 S. 533 ff. und OVG. Hamburg, U. vom 4. 2. 1951, Verw.Rspr. 3 S. 579 ff.

212) Vgl. OVG. Berlin, U. vom 4. 11. 1953 in NJW. 54 S. 775.

213) Leider hat sich auch für die Unanfechtbarkeit von Verwaltungsverfügungen mehr und mehr die Bezeichnung „Rechtskraft" eingebürgert. Vgl. hierzu Haueisen, NJW. 59 S. 697, Anm. 5 und wegen der dadurch entstehenden Unklarheiten Forsthoff, Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1958, S. 233 ff.

doch dieser Hinweis auf die Rechtskraft fehlerhafter Entscheidungen nicht aus, um die grundsätzliche Unzulässigkeit eines vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu begründen. Es entsteht beinahe der Eindruck, daß den gegenteiligen Ansichten vielfach bewußt oder unbewußt die falsche Vorstellung zugrundeliegt, eine Sachentscheidung über das Klagebegehren auf Unterlassung einer Amtshandlung müsse auch oder erst künftig eintretende Tatsachen berücksichtigen[214]). Die Sachentscheidung eines Unterlassungsurteils hat jedoch in jedem Falle ausnahmslos nur von der bereits jetzt gegebenen Sach- und Rechtslage auszugehen und erst künftig eintretende Tatsachen außer Acht zu lassen. Auch insofern gilt Aehnliches wie für die Vornahmeklage[215]). Gerade bei der Unterlassungsklage muß daher — da Gegenstand der Rechtskraft nur die Entscheidung über den Streitgegenstand und hierfür maßgebend der Urteilsspruch ist[216]) — auf eine besonders genaue und auf den Streitgegenstand bezogene Abfassung des Urteilsspruchs Wert gelegt werden.

Es ist auch unzulässig, den Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt mit der Begründung zu beschränken, daß dadurch die Tätigkeit der Behörde gehindert oder gelähmt werde[217]). Diese Gefahr hat das Grundgesetz bewußt auf sich genommen[218]). Im Grund richtet sich der Vorwurf der „Lähmung" der Verwaltungsgerichte nicht so sehr gegen die Verwaltungsgerichte, als vielmehr gegen den heutigen Rechtsstaat als solchen, dessen Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 II S. 2 GG.) zu einer Gewaltenüberprüfung entwickelt worden ist und zwar — wie Art. 95, 100 und vor allem Art. 19 IV GG. zeigen — zu einer vornehmlich durch die Rechtsprechung ausgeübten Ueberprüfung der Gewalten. Die Gesetzgebung und Verwaltung im heutigen Rechtsstaat ist daher schwieriger zu handhaben als im Staate des Alleinherrschers, der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung in einer Hand vereinigt[219]).

Bei sorgfältiger Abfassung des Urteilsausspruchs eines Unterlassungsurteils verlieen auch die Bedenken an Gewicht, bei einem sachlich zwar richtigen Unterlassungsurteil könne wegen der sachlichen Rechtskraft zukünftigen Aenderungen der Sach- und Rechtslage nicht mehr Rechnung getragen werden. Eine umfassende Darstellung des Begriffs der Rechtskraft im sachlichen Sinn würde den Rahmen dieser Unter-

---

214) So wohl Redding, DÖV. 56 S. 391.

215) Ob bei dieser Klage die Rechtslage zur Zeit des Erlasses der Verfügung oder zur Zeit der gerichtlichen Entscheidung zugrunde zu legen ist, vgl. Bachof in JZ. 54 S. 416 ff.

216) OVG. Hamburg, U. v. 5. 10. 54, DVBl. 55 S. 302.

217) Vgl. BVerwGE. 1 S. 265.

218) Vgl. Loppuch in DVBl. 55 S. 379.

219) So im Ergebnis in Loppach, DVBl. 55, S. 379.

suchung sprengen, zumal sie je nach Inhalt des Urteilsspruches sehr vielschichtig ist[220])

Allgemein wird bei jedem gerichtlichen Urteil unterschieden zwischen dem Urteilsausspruch und den Urteilsgründen und dieser Unterschied ist vornehmlich für den Umfang der sachlichen Rechtskraft bedeutend. Nach herrschender Meinung sind zwar Gegenstand und Umfang dieser Rechtskraft durch Auslegung aus dem ganzen Urteil — also aus Tatbestand und Gründen — zu ermitteln, doch darf das Maß des Zu- oder Aberkannten nur dem Urteilsausspruch entnommen werden und Tatbestand sowie Gründe des Urteils sind für den Umfang der Rechtskraft nur insoweit bedeutsam, als der Urteilsausspruch sie umfaßt[211]). Die sachliche Rechtskraft bedeutet nun allgemein, daß ein Gericht insoweit, als über den erhobenen Anspruch entschieden, d. h. eine bestimmte Rechtsfolge aus einem bestimmten Tatbestand bejaht oder verneint worden ist, in einem neuen Streitverfahren nicht anders entscheiden darf[222]). Bei der Bestimmung der sachlichen Rechtskraft von verwaltungsgerichtlichen Urteilen muß nun der Tatsache Rechnung getragen werden, daß ein verwaltungsgerichtliches Urteil in hohem Maße zeitbedingt ist, soweit es sich nicht um Verhältnisse handelt, die ihrer Art nach vom Wechsel der äußeren Umstände und Anschauungen und den sich ändernden Auffassungen des öffentlichen Belanges unabhänig bleiben[223]). (Dauerrechtsverhältnisse.) Wie auch immer jedoch der sachliche Umfang eines im Verwaltungsstreitverfahren ergangenen Urteils im einzelnen zu bestimmen sein mag[224]), so kann die Rechtskraft auch hier nur auf den Tatbestand bezogen sein, wie er zu dem maßgebenden Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung festgestellt war, und sie kann nur für die Rechtslage gelten, wie sie zur Zeit des Urteils gegeben war. Die Rechtskraftwirkung hindert jedoch die Parteien nicht daran, vorzubringen, daß nach dem genannten Zeitpunkt eine im Urteil verneinte Rechtsfolge eingetreten oder eine im Urteil bejahte wieder erloschen sei[225]). Wir haben bereits betont, daß auch die Sachentscheidung bei einem verwaltungsgerichtlichen Unterlassungsurteil in jedem Falle nur von der zur Zeit der Entscheidung gegebenen Sach- und Rechtslage auszugehen (für die Vornahmeklage vgl. Bachhof, JZ. 54, S. 416 ff.) und

220) Vgl. Naumann in DVBl. 52 S. 659 Anm. zu einem Urteil des OVG. Lüneburg vom 30. 1. 52 in DVBl. 52 S. 693.

221) Vgl. BSG. in NJW. 59 S. 262 Nr. 23.

222) Vgl. Haueisen in NJW. 59 S. 699.

223) Vgl. hierzu auch OVG. Münster U. vom 27. 8. 53 in ZMR. 53 S. 295 und Klingler MRVO., S. 449 und 491.

224) Bereits Fleiner (Institutionen S. 272) war der Auffassung, daß jedes verwaltungsgerichtl. Urteil stets unter der sog. „clausula rebus sic stantibus" ergehe.

225) Vgl. BVerwG. U. vom 24. 1. 57 E. Bd. 4 S. 250; U. vom 13. 12. 56 in ZZP 70 S. 367; U. vom 28. 3. 57 in JR. 57 S. 356; U. vom 8. 5. 57 in DVBl. 58 S. 32; U. vom 8. 5. 58 in DVBl. 58 S. 652.

erst künftig eintretende Tatsachen außer Betracht zu lassen hat. Aendert sich diese Sach- und Rechtslage nach der Urteilsfällung, so wäre im Hinblick auf die sachliche Rechtskraft eines bereits ergangenen Unterlassungsurteils die Verwaltung nicht gehindert, in Anpassung an die geänderten Verhältnisse doch eine entsprechende Verwaltungsmaßnahme zu erlassen. Man kann daher auch aus diesem Gesichtspunkt von keiner Hemmung der Verwaltung durch Zulässigkeit von Unterlassungsklagen sprechen. Da bei veränderten Umständen überhaupt keine Bindungswirkung eintritt[226]), bedarf es bei Zulassung von Unterlassungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren auch keiner Aenderungsmöglichkeit nach § 323 ZPO.

Diese rechtspolitischen Gesichtspunkte enthalten somit zwar ein sehr eindringliches Gebot an die Verwaltungsgerichte, bei Unterlassungsurteilen der Zeitbedingtheit verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen durch äußerst sorgfältige Abfassung des Urteilsausspruches in besonderem Maße Rechnung zu tragen. Sie reichen jedoch nicht aus, um die grundsätzliche Unzulässigkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage im Verwaltungsstreitverfahren zu begründen.

c) Fehlen einer ausdrücklichen Regelung als Beweis gegen die Zulässigkeit vorbeugender Unterlassungsklagen.

Schließlich halten auch die sonst noch von Lehre und Rechtsprechung zur Ablehnung eines vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes vorgetragenen Gründe einer näheren Nachprüfung nicht stand.

Zwar ist eine Unterlassungsklage in den geltenden Verwaltungsgerichtsordnungen nicht ausdrücklich vorgesehen. Aus diesem Umstand können jedoch hinsichtlich ihrer Zulässigkeit oder Unzulässigkeit überhaupt keine Schlüsse gezogen werden. Die Verwaltungsgerichtsgesetze sind nämlich nicht etwa nach einer Klageordnung in dem Sinne aufgebaut, daß sachlich-rechtliche Ansprüche nur dann klagbar wären, wenn die Verfahrensordnung dies ausdrücklich bestimmt[227]). Ergibt sich nämlich im weiteren Verlauf dieser Untersuchung, daß tatsächlich ein solcher Unterlassungsanspruch anzuerkennen ist und auch die Verwaltungsgerichtsgesetze ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten zu dessen Durch-

---

226) Vgl. auch OVG. Lüneburg Beschl. vom 26. 6. 56 in NJW. 57 S. 237; ZMR. 57 S. 106 (allerdings zu der Rechtskraft im förmlichen Sinne).

227) Vgl. Naumann, Gedächtnisschrift, S. 394. Da die Feststellungsklage — auch eine vorbeugende — nur eine rein verfahrensrechtliche Einrichtung ist, bedarf es für ihre Statthaftigkeit nicht einmal eines solchen sachlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs, wenn ihr auch vielfach ein solcher zugrunde liegen wird. Die Ansicht von Huber (Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2 S. 619), der als Voraussetzung der Feststellungsklage einen sachlich-rechtlichen Anspruch verlangt, ist mit dem geltenden Recht unvereinbar.

setzung bieten, so steht der Zulässigkeit einer Unterlassungsklage nicht etwa entgegen, daß eine solche Klageart in den geltenden Verwaltungsgerichtsordnungen nicht a u s d r ü c k l i c h vorgesehen ist.

Schließlich geht auch die Auffassung fehl, die Verwaltungsgerichtsgesetze seien nach ihrer Ausgestaltung einem vorbeugenden Rechtsschutz grundsätzlich abgeneigt. Zwar steht der vorbeugende Rechtsschutz, der künftiges rechtswidriges Verhalten der öffentlichen Hand abwehren soll, bislang gegenüber den anderen herkömmlichen Aufgaben der Verwaltungsgerichtsbarkeit durchaus im Hintergrund (siehe Seite 24 ff.)[228]). Jedoch kann hieraus nicht gefolgert werden, daß die geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze einem solchen Rechtsschutz überhaupt abgeneigt seien. So dient bereits das auf die klassische Anfechtungsklage ergehende Aufhebungsurteil in gewissem Sinne einem vorbeugenden Rechtsschutz nicht nur gegenüber der Vollstreckung der angefochtenen Verfügung, sondern auch tatsächlich gegenüber der Wiederholung derselben Verfügung[229]). Die Behörde wird nämlich im allgemeinen die in den Gründen des Aufhebungsurteils enthaltenen Feststellungungen bei ihrem künftigen Verhalten beachten. Weiter kann auch die nun allgemein vorgesehene Feststellungsklage als Beweis dafür angesehen werden, daß die Verwaltungsgerichtsgesetze einem vorbeugenden Rechtsschutz grundsätzlich nicht abgeneigt sind. Dasselbe gilt in besonderem Maße für die Vornahmeklage, mit der — wenn auch teilweise im Zusammenhang mit der Aufhebung — zukünftiges Verhalten der öffentlichen Gewalt erwirkt werden kann. Wie sehr aber auch dem Gesetzgeber der neuen Verwaltungsgerichtsordnungen an vorbeugend-sichernder wirksamer Gewährleistung des Rechtsschutzes des Bürgers gelegen ist, zeigen — von der selbständigen Rechtssatzüberprüfung des § 25 VGG. einmal ganz abgesehen — vor allem die Vorschriften über die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage, die Aussetzung des Vollzugs belastender Verwaltungsverfügungen und die teilweise ausdrücklich erwähnte Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen.

Dem Grundgedanken unserer geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze widerspricht sonach ein vorbeugender Rechtsschutz nicht. Daß die Verwaltungsgerichte einem solchen Rechtsschutz bisher zurückhaltend gegenüberstanden, ist begreiflich und rührt daher, daß sich der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz als rein „aufhebender Rechtsschutz" gegenüber bereits geschehenem Verwaltungsunrecht entwickelt hat.

---

228) Auch im bürgerlichen Recht ist die Entwicklung eines vorbeugenden Rechtsschutzes verhältnismäßig langsam vonstatten gegangen (vgl. hierzu Naumann, Gedächtnisschrift S. 393 Anm. 14).

229) Zutreffend OVG. Lüneburg in DVBl. 52 S. 693; vgl. auch OLG. Frankfurt in DV. 49 S. 473 und Niese in JZ. 52 S. 354.

Die von Rechtslehre und Rechtsprechung angeführten ablehnenden Gründe sprechen nach alledem weder gegen einen vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, noch sind unsere geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze nach ihrer heutigen Ausgestaltung einem solchen Rechtsschutz grundsätzlich abgeneigt.

2. Hauptabschnitt.

Verfahrensrechtliche Möglichkeiten in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Abwehr drohender Amtshandlungen?

Dieser Abschnitt soll der Prüfung dienen, ob das geltende Recht einen solchen vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zur Abwehr drohender Verwaltungsmaßnahmen verfahrensrechtlich zu gewährleisten vermag. Dabei soll sich diese Untersuchung über den vorbeugenden Rechtsschutz auf alle Rechtsgrundlagen einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erstrecken, somit auf Art. 19 IV GG. und die entsprechenden Bestimmungen der Länderverfassungen und schließlich auf die geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze selbst.

1. Abschnitt:

Art. 19 IV GG. und die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen als Ausgangspunkt.

Durch Art. 19 IV GG. hat sich die allgemeine Rechtsstellung des einzelnen gegenüber dem Staat durchgreifend geändert[230]) und diese Aenderung spiegelt sich vor allem im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wieder. Da die Hauptbedeutung dieses „königlichen Artikels“[231]) somit auf dem Gebiet des Verwaltungsgerichtsverfahrens liegt[232]), soll die Untersuchung über die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten eines vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit von dieser „verfassungsrechtlichen Grundentscheidung“[233]) ihren Ausgang nehmen. Es ergeben sich für unsere Untersuchung zwei Fragestellungen, nämlich einmal, ob Art. 19 IV GG. in Verbindung mit den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen einen vorbeugenden Rechtsschutz in

---

230) Siehe Forsthoff, Verwaltungsrecht Bd. I 5. Aufl. 1955 S. 162.

231) W. Jellinek, VVDStRL. 8 S. 3; R. Thoma (Recht - Staat - Wirtschaft Bd. 3 S. 9) nennt ihn den „Schlußstein im Gewölbe des Rechtsstaats“; Ebers (Festschrift für Laforet S. 271) sieht in ihm die „Krönung des Rechtsstaats“ und Ule (DRZ. 48 10. Beiheft S. 19) bezeichnet ihn als einen der bedeutendsten Fortschritte, der das BGG. gegenüber der WV. auszeichnet.

232) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Erl. 13 zu Art. 19 IV S. 3.

233) H. J. Wolff, Gedächtnisschrift, S. 47.

unserem Sinne überhaupt gewährleistet, und, bei Bejahung, zum andern die Frage, welchen Rechtsweg diese Vorschriften für einen solchen Rechtsschutz eröffnen.

I) Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt.

Nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 Grundgesetz steht demjenigen der Rechtsweg offen, der „durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt" wird. Die Grundrechtsbestimmung würde sonach dann einen vorbeugenden gerichtlichen Rechtsschutz in umfassender Weise gewährleisten, falls man bejaht, daß bereits die Gefährdung eines Rechts[234]) durch eine drohende Amtshandlung in jedem Falle eine Rechtsbeeinträchtigung darstellt und damit einer Rechtsverletzung im Sinne dieser Vorschrift gleichsteht.

Im bürgerlichen Recht rechtfertigt zwar, sofern noch keine Wiederholungsgefahr besteht, regelmäßig die bloße Besorgnis einer Beeinträchtigung noch keine Unterlassungsklage nach § 1004 BGB.[235]). Jedoch ist auch im bürgerlichen Recht anerkannt, daß unter Umständen schon die Bedrohung mit einem Eingriff in das Egentum oder ein anderes Rechtsgut als widerrechtlicher Eingriff selbst erscheinen und den Unterlassungsanspruch entstehen lassen kann[236]).

Wenn wir bedenken, daß bei der verwaltungsgerichtlichen Unterlassungsklage einerseits ja grundsätzlich noch kein tatsächlicher Eingriff durch die Verwaltung erfolgt ist, andererseits jedoch nach Erlaß der drohenden Amtshandlung ein Sachverhalt für die Zukunft geregelt ist und ein weiterer Eingriff dann grundsätzlich wohl nicht mehr zu besorgen ist, daß also diese Unterlassungsklage ihrem Wesen und ihrer Zielrichtung nach im Gegensatz zur Unterlassungsklage im bürgerlichen Rechtstreitverfahren (RG. 138, 219) keine Wiederholungsgefahr voraussetzt — d. h. die sich auf Tatsachen gründende Besorgnis weiterer Eingriffe — so erscheint die Frage durchaus berechtigt, ob und unter welchen Voraussetzungen in einer drohenden Gefährdung eines Rechts bereits eine Rechtsverletzung im Sinne obiger Bestimmungen gesehen werden kann. Der Begriff der Rechtsverletzung setzt voraus, daß der

---

234) Die Frage, was unter „Recht" hier zu verstehen ist, soll zunächst unbeantwortet bleiben. (Vgl. hierzu z. B. Merk, VVDStRL. 8 S. 156). Er dient auf alle Fälle nicht n u r dem Schutz von Grundrechten, sondern aller durch die öffentliche Gewalt gefährdeten Rechten. (Eschenburg, Staat- und Gesellschaft in Deutschland, S. 476).

235) Vgl. Palandt BGB. 17. Auflage 1958, Anm. 2b zu § 1004; Staudinger, III. Bd., Sachenrecht, 11. Aufl. 1956 Anm. 11 zu § 1004; RGR. — Erläuterungsbuch — 10. Aufl. 1954 Anm. 1 f. zu § 1004.

236) So Palandt a.a.O. RGR. a.a.O. RGZ. 151 S. 239 ff. (246); RG. in JW. 31 Seite 1192 ff. mit zust. Anm. von Rosenberg, der darin eine „praktisch überaus wichtige und erfreuliche Fortbildung des Rechts des BGB." sieht.

Kläger eine Rechtsverletzung im gegenständlichen Sinne rügen kann, d. h. jeden Eingriff in die hier in Rede stehenden Rechte, der das Recht nicht oder nicht richtig anwendet[237]).

Die Vornahmeklage, deren Gemeinsamkeiten mit unserer Unterlassungsklage bereits mehrfach festgestellt wurden, fällt nun deshalb unter den Schutz des Art. 19 IV GG., weil eine Verletzung von Rechten nicht nur durch ein Tun, sondern auch durch ein Unterlassen der öffentlichen Gewalt möglich ist, und zwar dann, wenn dem Betroffenen ein Rechtsanspruch auf ein bestimmtes Handeln dieser Gewalt zusteht[238]). Hier steht dann der unmittelbaren Rechtsverletzung die mittelbare Verletzung des Rechts auf Vornahme einer Amtshandlung gleich[239]). Ueberträgt man diese für die Vornahmeklage entwickelte Rechtsauffassung auf unsere Unterlassungsklage, so wäre das mittelbare Recht, das verletzt sein müßte, dasjenige auf Unterlasung der drohenden Amtshandlung[240]). Wenn wir einmal in diesem Zusammenhang ungeprüft davon ausgehen wollen, daß ein solcher Unterlassungsanspruch nach dem geltenden Recht tatsächlich anzuerkennen ist, so wäre durchaus denkbar, daß wie im bürgerlichen Recht unter Umständen schon die Bedrohung und Gefährdung dieses Unterlassungsanspruchs durch drohende rechtswidrige Verwaltungsmaßnahmen eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 19 IV S. 1 GG. darstellen kann[241]). Diese Auffassung wird durch eine Auslegung dieser Grundrechtsbestimmung gestützt. Nach herrschender Meinung ist nämlich diese und damit auch der Begriff der „Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt" ausdehnend[242]) und aus dem Zweck heraus, dem sie zu dienen bestimmt ist, auszulegen[243]). Eine der Hauptaufgaben des Art. 19 IV GG. ist die Gewährung von umfassendem, lückenlosem[244]) und wirksamen[245]) Rechtsschutz gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt[246]). Mit diesem Hauptzweck des Art. 19 IV GG. ist unvereinbar, vollendete Tatsachen zu schaffen, ohne daß der Betroffene die Möglichkeit hat, hiergegen v o r Schaffung jener Tatsachen irgendeinen gerichtlichen Rechtsschutz anzurufen, da sonst der rein gedanklich gewährte

---

237) Vgl. Wernicke, Bonner Kommentar, Erl. II 4 d zu Art. 19.

238) Vgl. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz 1957, Anm. VII 14 zu Art. 19 S. 573.

239) Vgl. hierzu bes. Bachof SJZ. 50 Sp. 166 oben; Friesenhahn, DV. 49 S. 482 Ziff. 2 b; Klein, VVDStRL. 8 S. 117; Maunz-Dürig, Grundgesetz. Anm. IV 1 zu Art. 19 IV S. 21.

240) Vgl. Menger, Verw.Arch. Bd. 48 (1957) S. 174.

241) So offenbar auch Menger a.a.O. S. 174.

242) Allgemeine Meinung, Vgl. statt vieler Mangoldt-Klein I. S. 569.

243) BGHZ. Bd. 10 S. 297.

244) BFH. 55 S. 277 = JZ. 51 S. 599; BGHZ. Bd. 10. S. 297.

245) Vgl. Bachof in DRZ. 50 S. 246.

246) Hierin besteht der grundlegende Unterschied zur Rechtslage der Weimarer Reichsverfassung (Vgl. Ule, a.a.O. unter Ziffer 3).

Rechtsschutz gegenstandslos gemacht würde[247]). Bei der Auslegung muß daher eine möglichst wirkungsvolle Abschirmung des Rechtskreises des Bürgers zu erreichen versucht werden. Dieser Hauptzweck des Art. 19 IV GG. würde nun oft durchkreuzt werden, wenn der Rechtsschutz durch die Gerichte erst einsetzen würde, nachdem eine Verwaltungsverfügung erlassen worden ist[248]).

Es wird weitgehend eine Frage des Einzelfalls sein, wann nun eine bloße Gefährdung eines Rechts auf Unterlassung durch eine drohende Amtshandlung bereits einer Verletzung dieses Rechts durch die öffentliche Gewalt gleichzusetzen ist. Man wird jedoch auch im Verwaltungsstreitverfahren in Anlehnung an die im bürgerlichen Recht entwickelten Grundsätze hierfür allerdings eine wirklich gegenständliche Gefährdung durch eine unmittelbar bevorstehende Amtshandlung verlangen müssen. Dies wird insbesondere durch Inaussichtstellen der betreffenden beabsichtigten Maßnahme oder durch sonstige vorbereitende Handlungen der Verwaltungsbehörden, die auf einen unmittelbar bevorstehenden Eingriff hinweisen, angezeigt werden.

Aus dieser Feststellung lassen sich wichtige Erkenntnisse über einen vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewinnen. Einmal ergibt sich hieraus, daß Art. 19 IV GG. immer dann zwingend auch einen vorbeugenden gerichtlichen Rechtsschutz als Grundrecht gewährleistet, wenn im Einzelfall eine bloße Gefährdung eines Unterlassungsanspruchs durch drohende Amtshandlungen einer wirklichen Rechtsverletzung im Sinne dieser Vorschrift gleichzusetzen ist. Zum andern ergeben jedoch auch die strengen Maßstäbe, die bei einer Gleichstellung von Rechtsgefährdung mit einer Rechtsverletzung angelegt werden müssen, daß Art. 19 IV GG. nicht in jedem Falle und folglich nicht in umfassender und lückenloser Weise einen vorbeugenden Rechtsschutz zur Abwehr drohender Amtshandlungen zu gewährleisten vermag. Es sind nämlich durchaus Fälle denkbar, bei denen zwar ein Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtsschutz zu bejahen, jedoch die Gleichsetzung der bloßen Gefährdung des Unterlassungsanspruchs durch die drohende Maßnahme mit einer Rechtsverletzung im Sinne des Art. 19 IV GG. verneint werden muß. Nach dieser Grundrechtsbestimmung ist zwar ein umfassender und lückenloser vorbeugender gerichtlicher Rechtsschutz nicht in allen Fällen verfassungsrechtlich gewährleistet, wohl aber für zulässig zu erachten[249]). Diese Aussage des Art. 19 IV GG. über einen vorbeugenden gerichtlichen Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten veranlaßt uns, die Rechtsgrundlage eines solchen Rechtsschutzes nicht ausschließlich in dieser Grundrechtsstimmung zu suchen.

---

247) So Bachof in DRZ. 50 S. 246 und Loening in SJZ. 50 S. 255 ff. (265).
248) Vgl. OVG. Hamburg, Beschl. vom 26. 10. 54 in DVBl. 55 S. 62 ff (63).
249) So im Ergebnis Hamann „Das Grundgesetz" 1956 Anm. 14 zu Art. 19 IV S. 177.

Vielmehr soll unsere Untersuchung zunächst dahin gehen, ob die geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze nach ihrer heutigen Ausgestaltung als verfahrensrechtliche Grundlage eines solchen wirksamen und umfassenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen drohende Amtshandlungen dienen können.

II) Eröffnung des Rechtswegs bei Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt.

Während in der Frage der Rechtsverletzung sowohl Art. 19 IV GG. als auch die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen völlig übereinstimmend auszulegen sind, ergeben sich bei der Prüfung — falls im Einzelfall eine tatsächliche Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt bejaht wird — welcher Rechtsweg hierfür eröffnet ist, grundlegende Unterschiede.

1.) Rechtslage nach Art. 19 IV GG.

Die Grundrechtsbestimmung des Art. 19 IV GG. will den gesamten Rechtskreis des einzelnen förmlich, d. h. verfahrensrechtlich schützen[250]). Er gewährt zwar als unmittelbar nach Art. 1 III GG. geltendes Grundrecht[251]) im Sinne eines persönlichen öffentlichen Rechts[252]) demjenigen den „Rechtsweg", der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt worden ist. Er gewährleistet hingegen nicht die Beschreitung des Verwaltungsrechtsweges, sondern nur die Anrufung irgendeines unparteiischen Gerichts überhaupt[253]). Der mit dieser Grundrechtsbestimmung verfolgte Grundsatz des lückenlosen Rechtsschutzes soll durch die Bestimmung des Absatzes 4 Satz 2 GG. auch für diejenigen Fälle gesichert werden, wo der Gesetzgeber seiner Aufgabe, den durch Absatz 4 Satz 1 eröffneten Rechtsweg in seiner Art festzulegen, nicht nachgekommen ist[254]). Insofern wird die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte durch Art. 19 IV Satz 2 GG. erweitert[255]) und für die ordentliche Gerichtsbarkeit eine „Ersatzzuständigkeit" auch in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten begründet[256]). Da hiernach die ordentlichen Gerichte ohne Rücksicht auf die Art des Streitgegenstandes immer dann

---

250) So Maunz-Dürig, Grundgesetz, Anm. IIb zu Art. 19 IV Seite 2.

251) Klein (VVDStRL. 8 S. 85 ff — 123 —) bezeichnet dieses im Gegensatz zum Hauptgrundrecht im sachlichen Sinne des Art. 1 GG. als Hauptgrundrecht im förmlichen Sinne. Seine neue Ansicht, Art. 19 IV GG. enthalte kein Grundrecht, sondern eine „Grundsatznorm für die gesammte Rechtsordnung" (in Mangoldt-Klein, 1957, Anm. II 3 c zu Art. 19 S. 542) erscheint angreifbar.

252) Vgl. Bachof, Klage, S. 13 Anm. 6 und S. 84; ders. in Gedächtnisschrift S. 301; Friesenhahn in DV. 49 S. 481; Loening in DÖV. 49 S. 325; Maunz, Staatsrecht, 7. Aufl. S. 111.

253) Vgl. Maunz-Dürig a.a.O. S. 2; Bachof ZZP. 65 S. 12.

254) Wernicke, Bonner Kommentar, Erl. II 4 k zu Art. 19.

angerufen werden können, wenn eine andere Zuständigkeit nicht gegeben ist, ergibt sich für uns zwangsläufig die Prüfung, ob für Klagen auf Unterlassung drohender Amtshandlungen nicht der Verwaltungsrechtsweg zulässig und solche Klagen nach der Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsgesetze auch verfahrensrechtlich zulässig sind. Erst bei Verneinung dieser Frage bestünde für uns die Notwendigkeit, zur Durchsetzung dieses vorbeugenden Rechtsschutzes wieder auf die Ersatzzuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach Art. 19 IV Satz 2 GG. zurückzugreifen.

Nach alledem könnte Art. 19 IV GG. als Rechtsgrundlage eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Amtshandlungen nur dann herangezogen werden, wenn einmal im Einzelfall eine Rechtsverletzung im oben erläuterten Sinne zu bejahen wäre, und zum andern die geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze selbst keine verfahrensrechtlichen Möglichkeiten eines ausreichenden Rechtsschutzes gegen die drohende Verwaltungsmaßnahme bieten.

2) Rechtslage nach den entsprechenden Bestimmungen der Länderverfassungen, dargestellt am Beispiel des Art. 67 der Landesverfassung von Baden-Württemberg.

Art. 67 der Bad.-Württ. Verfassung vom 19. 11. 1953 (LV. Bad.-Württ.), der unmittelbar geltendes Recht ist[257]), gewährt in seinem Satz 2 im Gegensatz zu Art. 19 IV Satz 2 GG. bei Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt grundsätzlich den Verwaltungsweg, soweit nicht die Zuständigkeit eines anderen Gerichts gesetzlich begründet ist. Für Baden-Württemberg ist somit Art. 67 LV. viel bedeutsamer als Art. 19 IV GG., er ist gleichsam der § 13 GVG. der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese Verfassungsbestimmung für Baden-Württemberg könnte sonach dann als verfahrensrechtliche Grundlage eines vorbeugenden gerichtlichen Rechtsschutzes herangezogen werden, wenn einmal die bloße Gefährdung des Unterlassungsanspruchs durch eine drohende Amtshandlung im Einzelfall einer Rechtsverletzung gleichzusetzen ist und zum andern für einen solchen Rechtsschutz die Zuständigkeit eines anderen Gerichts nicht gesetzlich begründet ist. Nun sollte jedoch diese Verfassungsbestimmung nach ihrem Sinn und Zweck nur dann als unmittelbare Rechtsgrundlage eines vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit herangezogen werden, wenn die geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze eine solche Rechtsschutzmöglichkeit

---

255) Hierauf weist zu Recht Bettermann (in MDR. 49 S. 398) hin.

256) Herrschende Meinung. Vgl. Bachof in SJZ. 50 Sp. 165; Baur in DRZ. 49 S. 396 N 18; Friesenhahn in DV. 49 S. 479 N. 10; Ule, 10. Beiheft zur DRZ. S. 19 Klein, VVDStRL. 8 S. 95 ff; Zinn, Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz S. 51.

nicht in umfassender und wirksamer Weise einräumen. Auch im Hinblick auf Art. 67 LV. Baden-Württemberg sind wir deshalb nicht der Prüfung enthoben, ob das geltende VGG. nach seiner Ausgestaltung verfahrensrechtlich zur Durchsetzung eines solchen vorbeugenden Rechtsschutzes in ausreichender Weise geeignet erscheint. Erst bei Scheitern dieser Untersuchung wäre wieder auf Art. 67 LV. Baden-Württemberg zurückzugreifen, der dann für Klagen auf Unterlassung drohender Amtshandlungen verfahrensrechtilche Rechtsgrundlage wäre, falls im Einzelfall eine Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt bejaht wird.

Sonach können sowohl Art. 19 IV GG. als auch Art. 67 LV. Baden-Württemberg einen vorbeugenden Rechtsschutz nur dann gewährleisten, wenn die Bedrohung des Unterlassungsanspruchs durch eine Amtshandlung im Einzelfall einer Rechtsverletzung im Sinne dieser Bestimmungen gleichzustellen ist. Wird eine solche Rechtsverletzung bejaht, so eröffnet Art. 19 IV GG. den Rechtsweg an sich und Art. 67 LV. Baden-Württemberg den Verwaltungsrechtsweg. Da jedoch beide Vorschriften nach ihrem Sinn und Zweck als unmittelbare Rechtsgrundlage nur dann herangezogen werden sollen, falls die geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze einen solchen Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen nicht in umfassender und wirksamer Weise gewährleisten, haben wir uns zunächst der Prüfung dieser Frage zuzuwenden. Da aber bei Vorliegen einer Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt und bei fehlenden oder unzureichenden Rechtsschutzmöglichkeiten hierfür in den geltenden Verwaltungsgerichtsgesetzen diese Verfassungsbestimmungen wieder unmittelbar eingreifen, sei auch bei dieser Prüfung eine ausdehnende Auslegung der Vorschriften der einzelnen Verwaltungsgerichtsordnungen erlaubt.

2. Abschnitt:

Vorbeugender Rechtsschutz nach den geltenden Verwaltungsgerichtsgesetzen.

Dieser Abschnitt soll demnach der Untersuchung dienen, ob und in welchem Umfang die geltenden Verwaltungsgerichtsordnungen nach ihrer Ausgestaltung geeignet sind, einen umfassenden und wirksamen Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen der Verwaltung verfahrensrechtlich zu gewährleisten.

I) Die selbständige Rechtssatzüberprüfung

Wir haben bereits festgestellt, daß insbesondere die selbständige Rechtssatzüberprüfung[258]) des § 25 VGG. zeigt, daß zumindest das VGG.

---

257) Vgl. Spreng-Feuchte, Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg 1953 S. 70.
258) Vgl. Ruscheweyh, Die abstrakte Normenentscheidung, DV. 48 S. 84 ff.

einem vorbeugenden Rechtsschutz grundsätzlich nicht abgeneigt ist. Es fragt sich daher, ob diese Rechtseinrichtung nach ihrem Geltungsbereich und dem Umfang der Nachprüfung die ausreichende verfahrensrechtliche Möglichkeit zur Abwehr drohender Amtshandlungen bietet.

1) Geltungsbereich der selbständigen Rechtssatzüberprüfung.

Es erhebt sich zunächst die Frage, ob aus der Tatsache, daß diese Rechtsschutzmöglichkeit nur im VGG. einen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat, während sie sonst in keinem anderen Verwaltungsgerichtsgesetz erwähnt wird, zu schließen ist, daß sie nur auf den Geltungsbereich dieses VGG. beschränkt bleiben soll. Grundsätzlich ist es nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte, selbständig als Streitgegenstand unabhängig von einem bestimmten Einzelfall über die Gültigkeit eines Rechtssatzes zu entscheiden und dies entspricht auch den herkömmlichen Aufgaben der Verwaltungsgerichte. Lediglich in § 25 VGG. ist in Abweichung von diesem Grundsatz eine solche selbständige Rechtssatzüberprüfung vorgesehen. Diese besondere Erweiterung des Verwaltungsrechtsschutzes über die herkömmliche Beschränkung der Verwaltungsgerichte hinaus darf nach unserer Auffassung ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung weder im Wege der entsprechenden Anwendung noch als Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgedankens auf die übrigen Verwaltungsgerichtsordnungen übernommen werden[259]). Dies zumal deshalb, weil nach Art. 98 I Nr. 2 und Art. 100 I GG. die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen ausschließlich als Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit dem Bundesverfassungsgericht und den Verfassunggerichten der Länder vorbehalten ist[260]).

Diese Aufassung vermag auch Art. 19 IV GG. nicht zu erschüttern. Mitentscheidend für diese Feststellung ist die Frage, ob unter dem Begriff der „öffentlichen Gewalt" im Sinne dieser Bestimmung auch die Rechtssetzung zu verstehen ist. Maunz-Dürig[261]), der dies unter Hinweis auf die zweckgebundene Auslegung des Art. 19 IV GG. bejahen möchte, ist zwar zuzugeben, daß diese Grundrechtsbestimmung einen lückenlosen Rechtsschutz des einzelnen verfahrensrechtlich gewährleisten will und daß durchaus die Gefahr bestehen kann, daß die öffentliche Gewalt zur Vermeidung gerichtlicher Ueberwachung in das Gebiet der Rechtssetzung auszuweichen sucht. Wir sind jedoch der Auffassung, daß Art. 19 IV nur

---

259) Herrschende Meinung. Vgl. für den Geltungsbereich der MRVO.: Klinger, S. 57 mit weiteren Nachweisen; BVerwG. U. vom 3. 5. 56 in NJW. 57 S. 1849 ff. (1852) mit insoweit zust. Anm. von Obermayer und für den Geltungsbereich des rh. pf. VGG.: Schunck-De Clereck, S. 43.

260) Vgl. Mangold-Klein S. 571 Anm. d.

261) Grundgesetz, Anm. III 1 d Seite 9.

Maßnahmen der Behörden der vollziehenden Gewalt, nicht aber solche der Rechtssetzung im Auge hat[262]). Diese sind nicht nur insoweit auszuschließen, als für sie bereits der Verfassungsrechtsweg eröffnet ist[263]), sondern fallen überhaupt nicht unter Art. 19 IV GG. Trotz der anerkannten Absicht dieser Grundrechtsbestimmung, einen verfahrensrechtlich lückenlosen Rechtsschutz zu gewähren, kann aus ihr daher nicht abgeleitet werden, daß nunmehr die selbständige Rechtssatzüberprüfung des § 25 VGG. ohne ausdrückliche Regelung auch in den anderen Verwaltunggerichtsordnungen Geltung haben soll. Für diese Auffassung spricht auch noch, daß die Verwaltungsgerichte im Hinblick auf Art. 100 I GG. z. B. nur befugt wären, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu bejahen, in anderen Fällen aber die Entscheidung der Sache dem Verfassungsgericht überlassen müßten[264]). So spricht bereits dieser begrenzte Geltungsbereich der selbständigen Rechtssatzüberprüfung gegen ihre Eignung als umfassendes gerichtliches Rechtsschutzmittel zur Abwehr drohender Amtshandlungen[265]).

2) Umfang der Nachprüfungsmöglichkeit.

Aber auch im Geltungsbereich der Verwaltungsgerichtsgesetze, in denen diese Rechtseinrichtung ausdrücklich vorgesehen ist, vermag sie dieser Aufgabe wegen ihrer engen Voraussetzungen nicht in wirksamer und lückenloser Weise zu dienen.

Nach § 25 VGG. entscheidet der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte auf Antrag durch Beschluß über die Gültigkeit einer Verordnung oder einer sonstigen im Range unter dem Gesetz stehenden Rechtsvorschrift. Einen solchen Antrag kann — außer einer Behörde —[266]) jedermann stellen, der durch die Anwendung der Rechtsvorschrift in absehbarer Zeit eine Benachteiligung zu gewärtigen hat. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Benachteiligung" ist weit zu fassen[267]). Ein persönliches Widerspruchsrecht

---

262) So Friesenhahn, DV. 49 S. 482; Klein, VVDStRL. 8 S. 107.

263) So Lerche, DVBl. 54 S. 627 Anm. 18.

264) Vgl. Hesse, Der Rechtsschutz und die staatlichen Gerichte im kirchlichen Bereich, 1956, S. 90.

265) Vgl. Bachof, Anm. zu einem U. des LVG. Koblenz vom 12. 10. 50, JZ. 51 S. 372; Friesenhahn, DV. 49 S. 482; Mangoldt-Klein Anm. VII 2 d zu Art. 19 S. 571; Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956, S. 37 ff. (56). Demgegenüber greifen die Erwägungen von Wernicke (Bonner Kommentar, Erl. II 4 e), von der Heydte's (VVDStRL. 8 S. 162) und Lerche (VDBl. 54 S. 627 Anm. 18) nicht durch.

266) Der Begriff „Behörde" ist hier weiter zu fassen als in § 25 II MRVO. Nr. 165 und § 23 III berl. VGG., denn er beinhaltet auch Gerichtsbehörden der ordentlichen und der Verwaltungsgerichtbarkeit mit Ausnahme des Verwaltungsgerichtshofes selbst. (Vgl. Eyermann-Fröhler, VGG. S. 98 und Hufnagel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 139.)

267) Vgl. Eyermann-Fröhler, VGG., S. 99.

ist nicht Voraussetzung[268]), vielmehr genügt jede drohende Verletzung rechtlich geschützter Belange[269]), einer Rechtsstellung[270]), des Antragstellers. Der Rechtsschutz ist hier bewußt gegenüber den anderen Verwaltungsgerichtsgesetzen erweitert und verbessert[271]). Der Bürger braucht nicht zu warten, bis auf Grund einer Rechtsvorschrift, die er für ungültig hält, eine belastende Maßnahme gegen ihn erlassen wird. Ist eine solche mit hinreichender Sicherheit alsbald zu erwarten und erscheint ein Antrag bei vorsichtiger Prüfung der Sach- und Rechtslage zur Zeit bereits als angebracht, so ist der Betroffene schon jetzt zur Stellung eines Antrags nach § 25 VGG. berechtigt. Hier berühren sich sonach selbständige Rechtssatzüberprüfung und vorbeugende Unterlassungsklage, die beide das gemeinsame Ziel haben, einer Benachteiligung durch eine drohende Amtshandlung bereits vor Erlaß dieser Maßnahme durch gerichtlichen Ausspruch vorzubeugen. So gesehen erscheint die selbständige Rechtssatzüberprüfung wenigstens in ihrem Geltungsbereich an sich geeignet, die Aufgaben eines vorbeugenden Rechtsschutzes mit zu übernehmen. Die Tatsache, daß die Ungültigerklärung einer Rechtsvorschrift den Erlaß einer trotzdem auf sie gestützten Maßnahme rein gedanklich nicht verhindern könnte, fällt hierbei deshalb weniger ins Gewicht, weil die Verwaltungsbehörden wohl schwerlich bei gerichtlich festgestellter Ungültigkeit einer Rechtsvorschrift eine Amtshandlung darauf stützen werden.

Betrachten wir jedoch den Umfang der Nachprüfungsmöglichkeit bei einem Antrag nach § 25 VGG., so erscheint uns diese Feststellung — abgesehen von ihrem begrenzten Geltungsbereich — aus zwei anderen Gesichtspunkten wieder erschüttert.

Einmal unterliegen der Nachprüfung nur Verordnungen und sonstige im Range unter dem Gesetz stehende Rechtsvorschriften. Daß somit alle Gesetze im förmlichen Sinn[272]), das diesen gleichstehende[273]) Gewohn-

---

268) So ausdrücklich VGH. Karlsruhe vom 14. 1. 49, Verw.-Rspr. Bd. 1 Nr. 109 S. 361 ff. (362) = DÖV. 49 S. 396.

269) Vgl. Eyermann-Fröhler, VGG., S. 99.

270) Am weitesten geht hier der VGH. Stuttgart (Beschl. vom 23. 1. 50, Verw.Rspr. Bd. 3 Nr. 83 S. 382 ff — 383 —), der das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers überhaupt nicht für schlechthin entscheidend hält, sondern den Sinn dieser Schlußworte des § 25 VGG. darin erblickt, eine Mindestanforderung der Beschwerde einzuführen, um sogenannte „Bürgerklagen" auszuschließen (Vgl. hierzu auch VGH. Kassel vom 11. 2. 48, DÖV. 48 S. 477; Eyermann-Fröhler, VGG. S. 99; Hufnagel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 139). Dies sei weniger das Rechtsschutzbedürfnis des einzelnen als vielmehr das der Allgemeinheit an einer ein für allemal erfolgten Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Rechtsvorschrift.

271) So Naumann, Verh. des 38. dt. Juristentages, Abt. D, S. 33.

272) Zu diesem Begriff vgl. W. Jellinek, HDStR. II S. 160 ff., R. Thoma, HDStR. II S. 108 ff. (S. 126) .

heitsrecht und die ebenfalls im Range neben dem Gesetz stehenden[274]) sog. gesetzesvertretenden Verordnungen ausscheiden, schadet nicht, da hierfür ja die Zuständigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit begründet ist. Bedeutsam für die Fragestellung unserer Untersuchung ist jedoch, daß vom Verwaltungsgerichtshof wohl Rechtsverordnungen[275]), nicht aber Verwaltungsvorschriften auf ihre Gültigkeit hin nachprüfbar sind, da ihnen die Eigenschaft eines allgemein-verbindlchen Rechtssatzes fehlt und sie nur kraft eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses binden[276]). Nicht nachprüfbar wären somit z. B. sogenannte Verwaltungsrichtlinien (Ausschreibungen, Verlautbarungen), die ebenfalls der Vorbereitung von Verwaltungsverfügungen dienen und sicherstellen sollen[277]). Mit einem Antrag nach § 25 VGG. könnte sonach weder die Beseitigung einer solchen Verwaltungsvorschrift selbst erreicht, noch viel weniger der Erlaß einer sich etwa darauf stützenden Amtshandlung verhindert werden. Schon aus diesem Grunde ist die Eignung der selbständigen Rechtssatzüberprüfung zur Abwehr drohender Amtshandlungen begrenzt.

Diese Feststellung wird noch durch einen anderen Gesichtspunkt bestätigt. Selbst diese Rechtssätze, die nach § 25 VGG. einer richterlichen Nachprüfung unterliegen, können nämlich nur auf ihre Gültigkeit hin untersucht werden. Der Richter überprüft das Zustandekommen eines Rechtssatzes bzw. eines Inbegriffs von Rechtssätzen oder deren Abänderung durch spätere Rechtssätze, wobei sich die Ueberprüfung sowohl auf die förmliche wie auf die sachliche Seite des gesetzgeberischen Vorgangs erstreckt[278]). Die Prüfungszuständigkeit des Richters erschöpft sich sonach in der Prüfung der Rechtmäßigkeit und der Rechtsfolgen von Maßnahmen des Gesetzgebers[279]). Nur bei Vorliegen dieser Voraussetzungen könnte daher ein erfolgreicher Antrag nach § 25 VGG. mittelbar den Erlaß einer etwa auf die ungültige Rechtsvorschrift zu stützenden Amtshandlung verhindern. Nun wird jedoch in verhältnismäßig

---

273) Für die Gleichordnung z. B. Heusel, HDStR. II S. 313 ff. (319); van Husen, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 40; W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 134. Dagegen nimmt z. B. Nebinger (Verwaltungsrecht S. 83) geringeren Rang gegenüber dem Gesetz an.

274) BVerf.-G. vom 10. 6. 53 in JZ. 53 S. 567 ff. (569).

275) Vgl. die Begriffsbestimmung in Art. 4 EVGO. für Württemberg; R. Thoma, HDStR. II S. 108 ff. (125) und Erwin Jakobi, HDStR II S. 236 ff (237 f.).

276) Zu diesem Begriff vgl. E. Jakobi HDStR. II S. 255 ff. (256).

277) Vgl. BVerw.-G. Beschl. vom 7. 5. 57 in NJW. 58 S. 194 ff. (195).

278) Zulässig ist auch ein richterlicher Ausspruch, welche Auslegung des Rechtssatzes mit der Verfassung bzw. mit Rechtssätzen höheren Rangs vereinbar ist. (Vgl. Bayer Verf. GH. vom 13. 2. 52, bayer. VGHE. NF. 5 Nr. 3 S. 20 ff. = DÖV. Seite 373 ff.; bayr. Verf. GH. vom 6. 3. 52, bayr. VGHE. NF. Nr. 5 Seite 41 ff.)

279) Vgl. Bachof, DVBl. 51 S. 13—15 (Anm. 1); Hans Peter Ipsen, DV. 49 S. 486—492 (zu I); Ule, DVBl. 53 S. 12 ff. (13).

wenig Fällen die Rechtswidrigkeit einer drohenden Verwaltungsmaßnahme darin zu erblicken sein, daß die Rechtsgrundlage, auf welche die Verwaltungsbehörde die betreffende Maßnahme stützen möchte, ungültig ist. Vielmehr wird die Rechtswidrigkeit einer drohenden Amtshandlung in der überwiegenden Zahl der Fälle darin begründet sein, daß diese beabsichtigte Maßnahme trotz einer gültigen Rechtsgrundlage aus anderen Gründen — etwa wegen falscher Auslegung des Rechtssatzes, falscher Unterordnung des Sachverhalts, Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Mittel u. a. — fehlerhaft ist. In all diesen Fällen muß aber die selbständige Rechtssatzüberpüfung des § 25 VGG., die sich nur mit der Ungültigkeit der Rechtsgrundlage einer drohenden Amtshandlung befassen kann, versagen, mag im Einzelfall die betreffende Maßnahme auch noch so drohen.

Die selbständige Rechtssatzüberprüfung weist zwar wegen ihrer Zukunftswirkung viele Gemeinsamkeiten mit unserem vorbeugenden Rechtsschutz auf. Sie ist jedoch — abgesehen von ihrer begrenzten Geltung — wegen des beschränkten Umfangs der Nachprüfungsmöglichkeit ungeeignet, einen lückenlosen Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen zu gewähren.

II) Die einstweiligen Anordnungen im Verwaltungsstreitverfahren.

Die einstweiligen Anordnungen oder Verfügungen[280]) gewähren zwar einen nur vorläufigen Rechtsschutz insofern, als sie lediglich der vorläufigen Regelung eines Sachverhalts vorbehaltlich einer endgültigen Entscheidung im Hauptverfahren dienen sollen. Doch erscheint uns dieser Umstand zunächst nicht so erheblich, um ihnen von vornherein die Eignung abzusprechen, einen vorbeugenden Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen zu gewähren. Vielmehr zeigen die Erfahrungen im bürgerlichen Recht, daß gerade diese Rechtseinrichtung vielfach in geeigneter Weise die Schaffung vollendeter Tatsachen, die nachträglich schwer zu beseitigen sind, verhindern kann. Daher ist die Frage durchaus berechtigt, ob solche einstweiligen Anordnungen auch im Verwaltungsstreitverfahren allgemein zulässig und ausreichend sind, einen lückenlosen und wirksamen vorbeugenden Rechtsschutz zur Abwehr drohender Amtshandlungen zu gewährleisten.

---

280) Wegen der widersprechenden Bezeichnung vgl. OVG. Münster vom 22. 4. 55 DVBl. 56, S. 53 HessVGH. vom 26. 7. 56, ES. Nr. 73; Buri, DÖV. 57, S. 100 ff. Die Bezeichnung „einstweilige Verfügung" sollte besser dem bürgerlichen Rechtsverfahren vorbehalten werden. Auch die neue Verwaltungsgerichtsordnung spricht von einstweiligen Anordnungen (§ 123 VwGO.).

1) Allgemeine Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen im Verwaltungsstreitverfahren

Eine ausdrückliche Regelung der einstweiligen Anordnung enthält erstmalig das rh. pf. VGG. in § 64. Nun unterscheidet dieses Gesetz zwar in § 15 auch zwischen Anfechtungssachen und anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts. Da jedoch im Gegensatz zum VGG. keine Trennung der Verfahrensvorschriften erfolgt ist, müssen die einstweiligen Anordnungen des § 64 rh. pf. VGG. für beide Verfahrensarten gelten. Eine weitere ausdrückliche Regelung dieser Rechtseinrichtung enthielt § 30 BVerwGG., welcher fast wörtlich dem § 32 BVerfGG. entspricht mit der einzigen wesentlichen Ausnahme, daß im Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht eine einstweilige Anordnung nur auf Antrag ergehen kann. Da auch das BVerwGG. nicht zwischen Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten unterscheidet, sind einstweilge Anordnungen ebenfalls für beide Verfahrensarten zulässig. Schließlich sind auch in der neuen Verwaltungsgerichtsordnung einstweilige Anordnungen vorgesehen[281]), welche ebenfalls für beide Verfahrensarten Geltung haben, da eine Unterscheidung von Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten nicht erfolgt ist.

Es erhebt sich jedoch die Frage, ob außerhalb dieser ausdrücklichen Regelung einstweilige Anordnungen oder Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren allgemein für zulässig zu halten sind. Dies war bis zum Erlaß des rh. pf. VGG. und des BVerwGG. äußerst umstritten. Aber auch heute ist die Rechtslage für den Geltungsbereich des VGG. und insbesondere der MRVO Nr. 165, welche beide eine solche ausdrückliche Regelung nicht kennen, noch keineswegs geklärt. Wir wollen diese Frage getrennt für den Geltungsbereich dieser beiden Gesetze untersuchen.

a) Einstweilige Anordnungen im Geltungsbereich des VGG.

Für den Geltungsbereich des Verwaltungsgerichtsgesetzes des früheren amerikanischen Besatzungsgebiets, demgegenüber das neue VGG. für Baden-Württemberg in diesem Punkt keine sachliche Unterschiede aufweist, haben zunächst der Bayr.[282]) und der Hess. VGH.[283]) die Zu-

---

281) Vgl. § 123 VwGO. vom 21. 1. 1960, BGBl. I S. 17 ff. (31).

282) Vgl. Beschl. vom 22. 8. 47, VGHE. NF. 1 S. 22 = Verw.Rspr. Bd. 1 Seite 121. Jedoch hielt der VGH. eine Aussetzung nach § 51 VGG. auch nach erfolgter Vollziehung der Verfügung noch für möglich, was zumindest in solchen Fällen im Ergebnis einer einstweiligen Verfügung gleichkommt. (Vgl. Beschl. vom 9. 6. 47 VGHE. NF. 1 S. 5).

283) Beschl. vom 7. 1. 49, OS. 228, 48 — nicht veröffentlicht — der jedoch eine Aussetzung nach erfolgter Vollziehung ablehnt. (Vgl. Beschl. vom 2. 3. 49, B. 43 — nicht veröffentlicht — worauf Bachof (Anm. zu einer Entscheidung des VGH. Stuttgart vom 31. 3. 49 in NJW. 49 S. 839) hinweist.

lässigkeit einstweiliger Verfügungen verneint. Ihre ablehnende Begründung geht davon aus, daß bei dem Wesen der in der Nachprüfung von Verwaltungsverfügungen bestehenden Anfechtungsklage im allgemeinen die Vorschrift des § 51 VGG. genüge und daß diese Bestimmung eine abschließende Regelung derselben Rechtseinrichtung gegenüber §§ 935 ff. ZPO. darstelle. Außerdem wurde behauptet, bei einer ergänzenden Heranziehung der Vorschriften des bürgerlichen Streitverfahrens über die einstweiligen Verfügungen werde der dem VGG. und seinem Aufbau fremde Rechtsbehelf des „Widerspruchs" in das Verwaltungsstreitverfahren eingeführt. Im Gegensatz hierzu hat jedoch das Verwaltungsgericht Stuttgart in ständiger Rechtsprechung[284]) einstweilige Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren für zulässig erklärt. Dabei wird vornehmlich noch auf Art. 6 des Württ. Gesetzes über die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche vom 18. 8. 1879 (Reg.Bl. S. 202) abgestellt, der die entsprechende Anwendung der §§ 935 ff. ZPO. ausdrücklich vorsieht und der durch Nr. 12 der DVO. zum VGG. Nr. 147 (RGBl. 1947 S. 2) deshalb als aufrechterhalten angesehen wird, weil sowohl die ZPO. wie auch das Gesetz von 1879 die einstweiligen Verfügungen — wenn auch nicht ganz zutreffend — als Maßnahmen der Zwangsvollstreckung ansehen. Dieser Auffassung des Verwaltungsgerichts hat sich der Verwaltungsgerichtshof Stuttgart[285]) im Ergebnis angeschlossen, wobei er jedoch bei der Begründung erfreulicherweise nicht nur auf das Württ. Gesetz von 1879 abstellt, sondern darüber hinaus die grundsätzliche Vereinbarkeit einstweiliger Verfügungen mit dem VGG. geprüft und bejaht hat.

In der Tat halten die ablehnenden Begründungen des Bayr. und Hess. VGH. einer näheren Nachprüfung nicht stand. Einmal erscheint nicht unbedingt zwingend, daß durch die einstweilige Verfügug auch der dem Verwaltungsstreitverfahren fremde Rechtsbehelf des Widerspruchs eingeführt werde. Es wären nämlich wohl nur die sachlich-rechtlichen Bestimmungen über die einstweilige Verfügung des bürgerlichen Streitverfahrens zu übernehmen, verfahrensrechtlich sollte jedoch allein das VGG. maßgebend sein, das in § 116 Absatz 1 ausdrücklich bestimmt, daß gegen alle Entscheidungen, die nicht Urteile sind, die Beschwerde gegeben ist[286]).

Zum andern stellt die Regelung des § 51 VGG. keine Einschränkung sondern eine Ergänzung der Vorschriften über die einstweilige Verfügung

---

284) Vgl. hierzu z. B. den Beschl. vom 7. 11. 47, ÖV. 49 S. 166 Nr. 7.

285) Vgl. Beschl. vom 31. 3. 49, NJW. 49 S. 838 ff. mit zust. Anm. von Bachof.

286) So zutreffend Bachof NJW. 49 S. 329 und neuerdings Beschl. des VGH. Kassel vom 7. 8. 57, NJW. 58 S. 36. Hingegen halten De Clerck (NJW. 56, 1340) und das OVG. Münster (Beschl. vom 29. 8. 57, angeführt in NJW. 58 S. 37) den Rechtsbehelf des „Widerspruchs" für zulässig.

dar[287]). Nach § 51 haben Einspruch, Verwaltungsbeschwerde und Anfechtungsklage regelmäßig aufschiebende Wirkung, jedoch kann die Verwaltungsbehörde aus Gründen öffentlicher Belange die sofortige Vollziehung der Verwaltungsverfügung anordnen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann aber die Verwaltungsbehörde und nach Erhebung der Anfechtungsklage auch das Verwaltungsgericht diese sofortige Vollziehung bis zur endgültigen Entscheidung des Rechtsstreits aussetzen[288]). Die Regelung des § 51 VGG. ist sonach ihrem ganzen Wesen nach nur auf bereits ergangene Maßnahmen der Verwaltungsbehörden zugeschnitten. Dagegen muß sie versagen, wenn mit der verwaltungsgerichtlichen Klage die Vornahme oder gar die Unterlassung einer Amtshandlung begehrt wird, oder es sich um die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses handelt, da es in diesen Fällen nichts zu vollziehen und folglich auch nichts auszusetzen gibt. Ferner muß eine Anwendung des § 51 VGG. bei rein tatsächlichem Vorgehen der Behörde, das nicht unter den Begriff der Verwaltungsverfügung im herkömmlichen Sinne unterzuordnen ist, scheitern. Die mit dem Hinweis auf die abschließende Regelung in § 51 VGG. begründete Unzulässigkeit einstweiliger Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren könnte somit allenfalls für die reinen Anfechtungsklagen eine gewisse Berechtigung[289]) haben, dagegen geht sie für Vornahme-, Unterlassungs- und Feststellungsklage fehl.

Vielmehr verlangt gerade die seinem Wesen nach ausschließlich auf Anfechtungsklage beschränkte Regelung des § 51 VGG. umgekehrt aus Gründen eines lückenlosen Rechtsschutzes eine dieser Bestimmung ähnliche Rechtseinrichtung[290]). Vor allem in den Fällen der Feststellungs-, Vornahme- und Unterlassungsklage, bei denen § 51 VGG. ausscheidet, ist denkbar, daß ohne einen den § 51 VGG. entsprechenden Rechtsbehelf die Verwaltungsbehörde durch Schaffung vollendeter Tatsachen einen Rechtsschutz durch die später erfolgende Klage gegenstandslos macht. Der Grundsatz der lückenlosen und wirksamen Gewährleistung von

---

287) Vgl. Bachof in NJW. 49 S. 839.

288) Da nach § 38 VGG die Anfechtungsklage regelmäßig erst nach erfolglosem Abschluß des Einspruchs- bzw. Beschwerdeverfahrens zulässig ist, hat die Rechtsprechung anerkannt — zur Vermeidung vollendeter Tatsachen durch verzögerliche Behandlung der Verwaltung — daß nur die Entscheidung über die Klage selbst bis zum Abschluß des Vorverfahrens ausgeschlossen, dagegen die förmliche Klageerhebung schon vorher zulässig ist (Beschluß des VGH. Stuttgart vom 4. 2. 48 NJW. 49 S. 840).

289) Vgl. Oswald, DÖV. 56 S. 236 und die Entgegnung von Buri DÖV. 57 S. 100 ff.

290) Diese Rechtseinrichtung entspricht bei Vornahme-, Feststellungs- und Unterlassungsklagen der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage (vgl. OVG Münster in DVBl. 58 S. 66).

Rechtsschutz vor Schaffung solcher vollendeter Tatsachen[291] des Art. 19 IV GG. gebietet die allgemeine Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren. Es kann auch nicht behauptet werden, daß die Rechtseinrichtung der einstweiligen Verfügung an sich dem Wesen des Verwaltungsstreitverfahrens fremd sei. Bereits das Württ. Gesetz von 1879 zeigt, daß sie auch in dieser Verfahrensart durchaus bekannt waren. Sie sind auch nicht wegen „grundsätzlicher Unterschiede der beiden Verfahrensarten" (§ 34 VGG.) deshalb ausgeschlossen, weil nach dem Aufbau des VGG. die Verwaltungsgerichte nur durch Hemmung oder Vernichtung von Verwaltungsverfügungen eingreifen, nicht aber Maßnahmen treffen dürften, die in ihrer Wirkung einer Verwaltungsverfügung gleichkommen oder Ausübung des Ermessens darstellen. Gerade die Vorschrift des § 51 VGG. läßt ersehen, das Ziel dieses Gesetzes ist, die Wirksamkeit verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen zugunsten des Betroffenen zu schützen. Da dies durch § 51 VGG. nicht in allen Fällen verwaltungsgerichter Streitigkeiten erreicht werden kann, liegt es durchaus im Sinne des VGG. diesem Rechtsschutzbedürfnis durch Zulässigkeit der in Zielrichtung und Wirkung ähnlichen Rechtseinrichtung der einstweiligen Anordnung gerecht zu werden. Insbesondere aber die ausdrückliche Regelung der einstweiligen Anordnung im rh. pf. VGG. BVerwGG. und der neuen Verwaltungsgerichtsordnung (§ 123 VwGGO.) zeigen mit aller Deutlichkeit, daß diese Rechtseinrichtung durchaus mit den Grundsätzen des Verwaltungsstreitverfahrens vereinbar ist.

Somit erweisen sich die gegen die allgemeine Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen im VGG. erhobenen Bedenken nicht nur als unbegründet, sondern es rechtfertigt sich vielmehr die Zulässigkeit dieser Rechtseinrichtung aus Gründen eines lückenlosen und wirksamen Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese Auffassung hat sich nunmehr in Lehre und Rechtsprechung durchgesetzt. So haben neuerdings nicht nur der Bayr.[292]) und Hess.[293]) ihren gegenteiligen früheren Standpunkt aufgegeben, sondern auch das Schrifttum vertritt überwiegend diese Ansicht[294]). Hierbei sollte man jedoch die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen für den Geltungsbereich des VGG. einheitlich für Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten bejahen[295]), wie dies auch in

---

291) Vgl. Bachof DRZ. 50 S. 346; Löening, SJZ. 50 S. 255 ff. (265).

292) Bayr. VGH. vom 30. 12. 55 Bayr. Verw.Bl. 56 S. 187.

293) Hess. VGH. Beschl. vom 13. 8. 52 in NJW. 53 S. 200; Beschl. vom 26. 7. 56 in ESVGH. Bd. 5 Seite 226.

294) So Eyermann-Fröhler, VGG. S. 51; Bachof NJW. 49 S. 328 ff. S. 815 und S. 839; ders. in Klage S. 44 Buri, DÖV. 57 S. 100 ff.; De Clerck NJW. 56 S. 1338; Haueisen NJW. 59 S. 19; Maunz-Dürig, Grundgesetz Anm. I 4 c bb zu Art. 19 IV S. 6; Martin NJW. 56 S. 90 und 1706; Forsthoff, 7. Aufl. S. 505/506; — A. A. Müller-Heidelberg NJW. 49 S. 815 und Oswald DÖV. 56 S. 238.

den Gesetzen geschehen ist, die eine ausdrückliche Regelung der einstweiligen Anordnung enthalten. Es mag zwar zutreffen, daß bei der Anfechtungsklage wegen der Vorschrift des § 51 VGG. regelmäßig für eine solche Anordnung kein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Jedoch rechtfertigt sich hieraus allein nicht, die einstweilige Verfügung für diese Klageart grundsätzlich als unzulässig zu erklären, da unter Umständen Fälle denkbar sind, in denen trotz der Regelung des § 51 VGG. auch ein Rechtsschutzbedürfnis für eine einstweilige Verfügung anzuerkennen ist.

Die Frage der Rechtsgrundlage im Geltungsbereich des VGG. steht im Gegensatz zu dem Streit über ihre grundsätzliche Zulässigkeit durchaus im Hintergrund. Zwar sollte man, wie bereits der Württ.-Bad. VGH., nicht ausschließlich auf das Württ. Gesetz von 1879 abstellen. Als Rechtsgrundlage einstweiliger Verfügungen im Geltungsbereich des VGG. blieben somit § 34 VGG. und Art. 19 IV GG. Wir möchten diese Rechtseinrichtung hauptsächlich aus zwei Gründen auf § 34 VGG., der allgemein auf die Vorschriften des bürgerlichen Streitverfahrens verweist, stützen. Einmal widersprechen einstweilige Verfügungen nicht den Grundsätzen des Verwaltungsstreitverfahrens, zum andern sollte die Grundrechtsbestimmung des Art. 19 IV seinem Zweck entsprechend nur dann als unmittelbare Rechtsgrundlage bemüht werden, falls die betreffende Rechtsfrage im geltendenden Verwaltungsgerichtsgesetz keine ausreichende Regelung gefunden hat.

b) Einstweilige Anordnungen im Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165.

Die obigen grundsätzlichen Erwägungen, die für die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren sprechen, treffen auch für den Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165 zu. Insbesondere spricht auch nicht die in § 51 MRVO. Nr. 165 vorgesehene Aussetzungsmöglichkeit gegen die Zulässigkeit dieser Rechtseinrichtung. Doch hat sich eine einheitliche Meinung über die Frage der einstweiligen Verfügung im Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165 noch nicht gebildet[296]). Wenn auch heute die grundsätzliche Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen für dieses Gesetz im Schrifttum[297]) kaum noch angezweifelt wird und sich

---

295) Eyermann-Fröhler (VGG. § 51) und Klein (DVBl. 50 S. 203) wollen dagegen einstweilige Verfügungen wohl für Parteistreitigkeiten, nicht aber in Anfechtungssachen zulassen.

296) Vgl. die Uebersicht bei Forsthoff, 7. Aufl. 1958, S. 505 Anm. 4.

297) Vgl. Giesges, Verwaltungsgerichtsbarkeit im englischen Besatzungsgebiet S. 52; Klingler, MRVO., Anm. 9 zu § 51; Bachof, Klage S. 52 De Clerck, NJW. 56 S. 1338; Baring, ZBR. 54 S. 44 mit umfassender Uebersicht von Schrifttum und Rechtsprechung.

auch nach anfänglicher Zurückhaltung[298]) in der Rechtsprechung mehr und mehr durchsetzt[299]), so gehen doch die Ansichten über deren Rechtsgrundlage erheblich auseinander. In diesem Gesetz fehlt nämlich nicht nur eine ausdrückliche Regelung der einstweiligen Anordnung, sondern auch eine dem § 34 VGG. entsprechende allgemeine Verweisungsvorschrift, sodaß die Bestimmungen des bürgerlichen Streitverfahrens grundsätzlich nur insoweit heranzuziehen sind, als diese ausdrücklich für zulässig erklärt werden[300]). Teilweise findet sich in Lehre und Rechtsprechung die Auffassung, § 30 BVerwGG. und damit die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen sei auf Grund der Verordnung der AHK. Nr. 248 vom 24. 11. 52 (ABl. der englischen Militärregierung Nr. 24 S. 799) auch im Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165 anwendbar[301]). Das OVG. Münster[302]) hingegen ist der Ansicht, die einschlägigen Bestimmungen des § 30 BVerwGG., § 67 rh. pf. VGG. und der Entwürfe der Bundesverwaltungsgerichtsordnung stellten einen allgemeinen Rechtsgedanken dar, dessen Anwendung auch in der MRVO. Nr. 165 zulässig sei. Das OVG. Lüneburg[303]) will die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen aus Art. 19 IV GG. herleiten. Bachof[304]) schließlich hält eine entsprechende Anwendung der §§ 935 ff. ZPO. heute im Hinblick auf Art. 19 IV GG. für geboten.

In der Tat muß auch die allgemeine Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen und deren Rechtsgrundlage im Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165 vor allem unter dem Blickwinkel des Art. 19 IV GG. gesehen werden. Die Regelung des § 51 MRVO. Nr. 165 ist nämlich — wie die entsprechende des § 51 VGG. — allenfalls für Anfechtungsklagen, jedoch nicht für Feststellungs-, Vornahme- und Unterlassungklagen ausreichend. Nach der Grundrechtsbestimmung des Art. 19 IV greift jedoch zwingend die Ersatzzuständigkeit der ordentlichen Gerichte ein, falls dem Grundsatz nach wirksamem und umfassendem Rechtsschutz in den geltenden Verwaltungsgerichtsordnungen nicht Rechnung getragen ist. Die verwaltungs-

---

298) Ablehnend z. B. noch OVG. Hamburg, Beschl. vom 12. 7. 54, DVBl. 54, S. 786; Beschl. vom 4. 8. 55; MDR. 56 S. 58; und auch OVG. Münster, Beschl. vom 27. 3. 52, ZMR. 52 S. 191.

299) Zustimmend nunmehr OVG. Münster Beschluß vom 22. 4. 55, DVBl. 55 S. 53, Beschl. vom 8. 2. 56 DÖV 56 S. 412, Beschl. vom 13. 11. 57 NJW. 58 S. 1555, Beschl. vom 10. 9. 57 DVBl. 58 S. 66; LVG. Düsseldorf, Beschl. vom 19. 2. 54 DVBl. 54 S. 477 und in MDR. 57 S. 475; OVG. Lüneburg in DÖV. 58 S. 231 und Beschl. vom 28. 1. 59, NJW. 59 S. 1197.

300) So z. B. in § 35 II, § 63, § 96 MRVO. Nr. 165, nicht jedoch für die Vorschriften der §§ 935 ff. ZPO.

301) So Klinger, MRVO. S. 344 und ihm anschließend LVG. Düsseldorf in DVBl. 54 S. 477 und Martin, NJW. 56 S. 90 und 1706.

302) Beschl. vom 22. 4. 55 DVBl. 56 S. 53 und vom 8. 2. 56, DÖV. 56 S. 412.

303) Beschl. vom 28. 6. 57, OVGE. Bd. 11 S. 503.

304) Klage, Seite 52.

gerichtliche Zuständigkeit kann aber — worauf Bachof[305]) zu Recht hinweist — keinesfalls im Ergebnis zu einer Verkürzung des Rechtsschutzes im Verhältnis zu einer etwaigen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte führen, die bei fehlender verwaltungsgerichtlicher Zuständigkeit von selbst eingreifen würde. Die einstweiligen Verfügungen sind daher auch im Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165 durch entsprechende Anwendung allgemein für zulässig zu halten und zwar sowohl für Anfechtungssachen wie für sonstige Streitigkeiten des öffentlichen Rechts[306]). Die Vorschriften des bürgerlichen Streitverfahrens sind nämlich nichts ausnahmslos nur dann auf das Verfahren der MRVO. Nr. 165 zu übertragen, wenn diese ausdrücklich darauf verweist[307]). Vielmehr liegt bei der Frage der einstweiligen Verfügung eine echte Gesetzeslücke vor, die insbesondere im Hinblick auf Art. 19 IV GG. durch entsprechende Anwendung der §§ 935 ff. ZPO. auszufüllen ist[308]).

Die einstweiligen Verfügungen sind somit in sämtlichen geltenden Verwaltungsgerichtsgesetzen sowohl in Anfechtungssachen wie auch in sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts allgemein für zulässig zu erachten.

2) Voraussetzungen der einstweiligen Verfügungen.

Es erhebt sich somit die entscheidende Frage, ob ihre Voraussetzungen und ihr Inhalt so ausgestattet sind, daß sie einen wirksamen Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen in umfassender Weise gewährleisten können. Während die Auffassungen bei der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit dieser Rechtseinrichtung teilweise auseinandergingen, so ist man sich — erkennt man ihre Zulässgikeit im Verwaltungsstreitverfahren einmal an — über die sachlichen Voraussetzungen zu ihrem Erlaß und ihrem Inhalt im wesentlichen einig. Es lassen sich keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine Uebernahme der einstweiligen Verfügung in der Ausgestaltung, wie sie im bürgerlichen Streitverfahren im einzelnen ihren Niederschlag gefunden hat, geltend machen[309]). Man hat also davon auszugehen, daß sich Voraussetzungen und

---

305) Klage, Seite 52.

306) Dagegen will das OVG. Münster (Beschl. vom 13. 11. 57 NJW. 58 S. 355 und S. 1555) ihre Zulässigkeit in Anfechtungssachen verneinen.

307) Insoweit zu eng, BVerwG. in NJW. 53, 1606/1607, das sich für seine Auffassung auf § 117 MRVO Nr. 165 beruft. Doch rechtfertigen weder der Sinn noch der Wortlaut dieser Bestimmung diese Ansicht. (Vgl. auch OVG. Münster in DVBl. 56 S. 53.)

308) Im Ergebnis ebenso Bachof, Klage S. 52; OVG. Münster, U. v. 10. 9. 57 DVBl. 1958 S. 66; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Anm. 14c bb zu Art. 19 IV Seite 6 mit umfassenden weiteren Nachweisen. So hält z. B. Giesges, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der englischen Zone S. 52, eine entsprechende Anwendung bezüglich der Widerklage für zulässig.

Inhalt einstweiliger Anordnungen sinngemäß nach den Vorschriften der ZPO. bestimmen und daß diese auch im Geltungsbereich des rh. pf. VGG. und des BVerwGG., welche die einstweilige Anordnung ausdrücklich regeln, auf Grund der allgemeinen Verweisungsbestimmungen (§ 37 rh. pf. VGG. und § 26 BVerwGG.) ergänzend heranzuziehen sind[310]). Das bürgerliche Streitverfahren kennt nun zwar zwei Arten der einstweiligen Verfügung, nämlich „in Bezug auf einen Streitgegenstand" (§ 35 ZPO.) und „zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis" (§ 940 ZPO). Da sowohl § 64 rh. pf. VGG. wie auch § 30 BVerwGG. jeweils nur von der „Regelung eines Zustandes" sprechen, könnte man hieraus vielleicht folgern, daß im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nur eine sinngemäße Anwendung des § 940 ZPO. in Frage käme[311]). Da jedoch auch im bürgerlichen Recht die Abgrenzung dieser beiden Arten der einstweiligen Verfügung unsicher ist[312]), wird man dieser Frage keine entscheidende Bedeutung beimessen dürfen.

Nach §§ 936, 920 ZPO. ist allgemeine Voraussetzung für das Ergehen einer einstweiligen Verfügung das Vorliegen eines sog. Verfügungs a n s p r u c h s und eines Verfügungs g r u n d e s. Der sachlich-rechtliche Verfügungsanspruch, nämlich von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 BGB), richtet sich nun in verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten grundsätzlich gegen den Staat oder sonstigen Träger hoheitlicher Gewalt. Dabei handelt es sich regelmäßig um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Erlaß oder auf Unterlassen einer Amtshandlung. Eine einstweilige Verfügung zur Abwehr drohender Verwaltungsmaßnahmen würde somit zunächst einmal das Vorliegen eines solchen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs voraussetzen. Aber selbst wenn wir hier einmal einen solchen als nach dem geltenden Recht grundsätzlich möglich unterstellen, müßte es sich weiter um einen solchen Unterlassungsanspruch gegen den Staat handeln, der auch in einem Hauptverfahren vor den Gerichten — etwa durch eine Unterlassungsklage — durchgesetzt werden könnte. Das Verfahren der einstweiligen Verfügung stellt nämlich nach seinem ganzen Sinn und Zweck als vorläufiges Rechtsschutzmittel nur eine beschleunigte Art des Hauptverfahrens

---

309) Allenfalls läßt sich der in unserem Zusammenhang weniger bedeutsame Begriff der „Glaubhaftmachung" mit der Erfassung von Amtswegen im Verwaltungsstreitverfahren schlecht in Einklang bringen. (Vgl. Buri in DÖV. 57 Seite 101.)

310) § 123 Verwaltungsgerichtsordnung gibt zusammengefaßt den Inhalt der §§ 935, 940 ZPO. nahezu wörtlich wieder.

311) Dies zumal deswegen, weil der Begriff des „Streitgegenstandes" im Verwaltungsstreitverfahren heftig umstritten ist. (Vgl. zu diesem Begriff insbesondere Menger, System, § 44).

312) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO. 25 Aufl. 1958 Anm. 1 zu § 935 S. 1486.

dar. Verneint man jedoch die Möglichkeit eines vorbeugenden gerichtlichen Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Amtshandlungen schlechthin, so muß auch eine dahingehende einstweilige Verfügung unzulässig sein. Andernfalls ließe sich ja mit der Rechtseinrichtung der einstweiligen Verfügung mehr erreichen als im nachfolgenden eigentlichen Hauptverfahren. Das Verhältnis von Klage zur Hauptsache und einstweiliger Verfügung ist jedoch gerade umgekehrt. Somit läßt sich die Frage, ob die Rechtseinrichtung der einstweiligen Verfügung zur Abwehr drohender Amtshandlung wirksamen Rechtsschutz bietet, erst dann beantworten, wenn wir einen solchen Unterlassungsanspruch gegen den Staat anerkennen, der auch in einem nachfolgenden gerichtlichen Hauptverfahren durchgesetzt werden kann. Verneinen wir diese, so können auch die grundsätzlich im Verwaltungsstreitverfahren allgemein zulässigen einstweiligen Verfügungen nicht zur Abwehr drohender Amtshandlungen herangezogen werden. Bejahen wir jedoch einen solchen vorbeugenden Rechtsschutz als Vorfrage, so eröffnet sich erst dann wieder die Prüfung, ob und unter welchen Voraussetzungen die einstweiligen Verfügungen als Mittel eines vorläufigen Rechtsschutzes auch zur Abwehr drohender Amtshandlungen geeignet sind.

III) Die sonstigen verwaltungsgerichtlichen Klagearten als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Amtshandlungen.

Inwieweit bieten nun die sonstigen verwaltungsgerichtlichen Klagearten dem Bürger die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten eines wirksamen und lückenlosen Rechtsschutzes gegen drohende rechtswidrige Verwaltungsmaßnahmen?

Nach der Zuständigkeitsregelung in § 22 VGG. entscheiden die Verwaltungsgerichte — soweit nicht die Zuständigkeit eines anderen Gerichts gesetzlich begründet ist — in Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten[313]). Zweifelhaft kann diese Unterscheidung für den Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165 und des berl. VGG. sein, da hier der Gesetzeswortlaut keine Klarheit schafft. Diese Gesetze stellen vielmehr die Klage auf Vornahme einer Amtshandlung selbständig neben die Anfechtungsklage, woraus dann auch Klinger[314]) für den Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165 die Folgerung zieht, es kämen als andere Streitigkeiten in Betracht: die Vornahmeklage (§ 24), die Parteistreitigkeiten, die Streitigkeiten betreffs Aufhebung eines Schiedsspruchs (§ 30) und die

---

313) Ob für diese Unterscheidung eine zwingende Notwendigkeit besteht, mag in diesem Zusammenhang dahinstehen. Ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit bestreiten z. B. Bachof, DRZ. 50 S. 346; Hufnagel, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 292; Schoen, DÖV. 51 S. 580.

314) In MRVO., S. 113.

Feststellungsverfahren (§ 52). Die Feststellungsverfahren sind wohl, da hier eine verbindliche Entscheidung der Verwaltungsbehörde noch nicht ergangen ist, den ursprünglichen Verwaltungsstreitsachen zuzuechnen[315]). Dagegen gehören die Vornahmeklagen, abgesehen von ihrer räumlich nahen Regelung zu der Anfechtungsklage ihrem ganzen Aufbau nach zu den nachträglichen Verwaltungsstreitsachen — das Streitverfahren folgt auf eine möglicherweise verbindliche Entscheidung der Verwaltung[316]) — und damit zu den Anfechtungssachen. Daher sei bei dieser Prüfung erlaubt, im wesentlichen der Einteilung des VGG. zu folgen und auf die Besonderheiten der übrigen Verwaltungsgerichtsordnungen nur insoweit einzugehen, als sie nicht nur wörtliche, sondern auch bedeutsame inhaltliche Unterschiede aufweisen.

1) Anfechtungssachen im weiten Sinne.

Als Anfechtungssachen im weiten Sinne, dem Kernstück des Verwaltungsstreitverfahrens, kennen nun die geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze die Anfechtungsklage im engeren Sinn oder Aufhebungsklage[317]) (§ 15 I BVerwGG., § 23 MRVO. Nr. 165, § 22 I, § 23, § 35 VGG., § 23 rh. pf. VGG., § 19, § 20 berl. VGG) und die Vornahme- oder Verpflichtungsklage (§ 15 III BVerwGG., § 24 MRVO. Nr. 165, § 35 II VGG., § 15 II rh. pf. VGG., § 21 berl. VGG).

a) Vorbeugender Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage.

Die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage könnte dann einen Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen gewähren, wenn sie einmal für ihre Zulässigkeit nicht eine bereits erlassene Verwaltungsverfügung voraussetzt oder aber, wenn dieser Begriff der Verwaltungsverfügung weit oder gar ausschließlich vom Bedürfnis nach Rechtsschutz her gesehen ausgelegt würde.

aa) Erlaß einer Verwaltungsverfügung als Klagevoraussetzung der Anfechtungsklage.

Bei Beantwortung der ersteren Frage, ob nämlich die Anfechtungsklage sich ausnahmslos gegen eine bereits erlassene Verwaltungsverfügung richten muß, soll von dem gesetzlichen Wortlaut ausgegangen werden.

---

315) Menger, System, S. 137 Anm. 1.
316) So Menger, System, S. 138.
317) Diese Begriffe sind Bachof (Klage S. 9) entnommen, die wir für besonders anschaulich halten.

Naumann[318]) ist zuzugeben, daß zwar nur der Wortlaut des § 15 rh. pf. VGG., der ausdrücklich darauf abstellt, daß bereits Anordnungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden zu Unrecht ergangen sind, so eindeutig gefaßt ist, daß hieraus als unbedingte Voraussetzung der Anfechtungsklage eine bereits erlassene Verwaltungsverfügung zu entnehmen ist. Aehnlich ist nach dem gesetzlichen Wortlaut die Rechtslage in der MRVO. Nr. 165, dessen § 23 voraussetzt, daß die angefochtene Verwaltungsverfügung rechtswidrig ist. Bei diesen beiden Gesetzen ist bereits dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut eindeutig zu entnehmen, daß unbedingte Voraussetzung der Anfechtungsklage eine bereits erlassene Verwaltungsverfügung ist. Hingegen sind die übrigen Verwaltungsgerichtsgesetze nicht so klar gefaßt, daß dieses Ergebnis ohne weiteres dem gesetzlichen Wortlaut entnommen werden könnte. Dieser Umstand hat auch Naumann[319]) zu der Behauptung veranlaßt, die Klagbarkeit eines Unterlassungsanspruchs ergebe sich aus dem Grundsatz der Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten. Diese Auslegung ist jedoch als zu weitgehend abzulehnen. Wohl kann unter Umständen bereits die bloße Gefährdung eines Rechtsanspruchs durch einen drohenden Eingriff des Staates oder eines sonstigen Trägers hoheitlicher Gewalt einer Rechtsverletzung gleichzusetzen sein. Jedoch setzt der gesetzliche Wortlaut, „durch eine Verwaltungsverfügung" in seinen Rechten verletzt, nach unserer Auffassung weiter für die Erhebung der Anfechtsklage zwingend voraus, daß diese Verwaltungsverfügung nicht nur droht, sondern bereits erlassen sein muß. Diese Aufassung entspricht der Entstehungsgeschichte, dem Wesen und der Zielrichtung der Anfechtungsklage. Die Anfechtungsklage ist der „klassische Ausgangspunkt der Verwaltungsgerichtsbarkeit... gegenüber Verfügungen und sonstigen Einzelmaßnahmen der Verwaltung[320]), mochte nun die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte jeweils nach dem Aufzählungsgrundsatz oder dem Allzuständigkeitsgrundsatz geregelt sein. Dieser ihrer ursprünglichen Aufgabe sollte die Anfechtungsklage auch weiterhin vorbehalten bleiben. Bei der Anfechtungsklage werden weiter dem Richter nicht nur Tatsachen vorgelegt, sondern er hat vielmehr in jedem Fall über einen Sachverhalt zu entscheiden, der bereits auf Grund von Rechtsvorschriften von einer Verwaltungsbehörde möglicherweise verbindlich gestaltet worden ist. Gegenstand der Urteilsfindung ist somit nicht der ursprüngliche Sachverhalt, sondern die unter Anwendung von Rechtsätzen erfolgte Gestaltung oder mindestens Bearbeitung jenes Sachverhalts. Auch diesem Wesen der Anfechtungsklage würde es wider-

---

318) Gedächtnisschrift S. 405.
319) Gedächtnisschrift, S. 404; so offenbar auch v. Krosigk DÖV. 56 S. 692.
320) Naumann, Verh. des 38. dt. Juristentages, Abt. D. S. 26.

sprechen, sie bereits vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung und damit vor Bearbeitung eines verwaltungsrechtlichen Sachverhalts durch die Verwaltungsbehörde zuzulassen. Ergibt schließlich die auf eine Anfechtungsklage erfolgende verwaltungsgerichtliche Nachprüfung, daß die Entscheidung der Verwaltungsbehörde rechtswidrig ist, so hat das Verwaltungsgericht bei dieser Klageart nur die Möglichkeit, die Entscheidung der Behörde aufzuheben. Ein weiterer unmittelbarer Eingriff in die Tätigkeit der Verwaltung ist dem Verwaltungsgericht bei der Anfechtungsklage verwehrt. Auch dieser Umstand spricht dafür, daß die Anfechtungsklage ausnahmslos eine bereits erlassene Verwaltungsverfügung voraussetzt. Schließlich hat auch Art. 19 IV GG. den Grundsatz der Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht insofern ausgedehnt, daß nunmehr, gestützt auf diese Zuständigkeitsregelung, eine Anfechtungsklage bereits vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung zulässig wäre. Es mag zwar zutreffen, daß unter „Rechten" im Sinne dieser Verfassungsbestimmung nicht nur persönliche öffentliche Rechte im herkömmlichen Sinne[321]) zu verstehen sind und daß im Wege der „verfassungsgemäßen Auslegung"[322]) dieser Begriff der Rechte nunmehr auch dem Grundsatz der Allzuständigkeit in den einzelnen Verwaltungsgerichtsgesetzen zugrundezulegen ist. Jedoch macht Art. 19 IV GG. nicht die weitere Voraussetzung dieser verwaltungsgerichtlichen Allzuständigkeitsregelung, nämlich den Erlaß einer Verwaltungsverfügung entbehrlich. Auch im Hinblick auf Art. 19 IV GG. ist sonach dem Bürger vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung kein Rechtsschutz zur Abwehr einer drohenden Maßnahme im Wege der Anfechtungsklage eröffnet. Es mag zwar im Zuge einer gesetzlichen Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit rechtspolitisch ratsam sein, entsprechend der Forderung Naumann[323]) den Wortlaut der verwaltungsgerichtlichen Allzuständigkeitsgrundsätze der Grundrechtsbestimmung des Art. 19 IV GG. anzugleichen. Nach der heute geltenden Regelung aller Verwaltungsgerichtsgesetze ist jedoch unbedingte und unverzichtbare Voraussetzung[324]) der Anfechtungsklage, daß eine Verwaltungsbehörde bereits eine Verwaltungsverfügung erlassen hat[325]). Da unser vorbeugender Rechtsschutz jedoch gerade nach verwaltungsgerichtlichen Klagemöglichkeiten verlangt, die eine drohende, aber noch nicht erlassene, Amtshandlung verhindern sollen, kann eine solche

---

321) Vgl. hierzu ausführlich Maunz-Dürig, Grundgesetz, Anm. V zu Art. 19 IV Seite 22 ff.

322) Siehe BVerfG. E. Bd. 2 S. 282; Bd. 2 S. 341; Bayr. VerfGH E. NF Bd. 5 S. 53 Bd. 7 S. 46.

323) Verh. des 38. dt. Juristentages, 1951, Abt. D. S. 187).

324) Ob es sich hierbei um eine Verfahrensvoraussetzung handelt, mag in diesem Zusammenhang ungeprüft bleiben. (Vgl. Zschacke, NJW. 58 S. 1666).

Unterlassungsklage nicht lediglich auf die Vorschriften über die Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gestützt werden. Insoweit kann demnach der Auffassung von Naumann[326]), die Klagbarkeit des Unterlassungsanspruchs ergebe sich aus dieser verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeitsregelung, nicht gefolgt werden. Bereits aus diesem Grunde ist die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage zur vorbeugenden Abwehr drohender Amtshandlungen ungeeignet.

bb) Vorbeugender Rechtsschutz durch Ausdehnung des Begriffs der Verwaltungsverfügung

Nun könnte jedoch die Anfechtungsklage — trotz des zwingenden Erfordernisses einer bereits erlassenen Verwaltungsverfügung — zumindest dann in gewissem Umfang Aufgaben eines vorbeugenden Rechtsschutzes dienen, wenn es zulässig wäre, diesen Begriff der Verwaltungsverfügung ausdehnend und schließlich allein vom Bedürfnis nach Rechtsschutz her gesehen auszulegen. In der Tat haben Rechtsprechung und Lehre dem zu Recht erkannten Bedürfnis nach Rechtsschutz vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung dadurch Rechnung zu tragen versucht, daß sie diesen Begriff sehr weitgehend auslegten, um dem Bürger Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage zu gewähren. Im folgenden soll kurz dargelegt werden, daß diese Versuche nicht nur mit dem geltenden Recht unvereinbar sind, sondern daß diese Begriffszwängung auch vielfach zu gekünstelt und verzerrt wirkenden Lösungen führt.

Am weitesten gehen bei der Ausdehnung des Begriffs der Verwaltungsverfügung, soweit ersichtlich, Maunz-Dürig[327]), die für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage überhaupt nicht mehr an dem „überkommenen Begriff der Verwaltungsverfügung" anknüpfen wollen, sondern ausschließlich auf das „Vorliegen einer Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt" abstellen. Nach ihrer Ansicht soll nicht mehr die „begriffliche Erfassung einer Maßnahme der öffentlichen Gewalt über die Rechtsschutzgewährung oder -verweigerung" entscheiden, sondern allein „die Tatsache, daß die öffentliche Gewalt gehandelt hat." Entscheidend ist für

---

325) Herrschende Lehre. Vgl. Schon Sächs. OVG. 38, S. 361; neuerdings VGH. Stuttgart vom 21. 12. 48; BVerwG. vom 20. 9. 56, RLA. 56 S. 351; Menger; System, S. 99 Anm. 3, Ule, BVerwG. S. 85, Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. II 3 d bb zu § 15. Insoweit ist also Klinger (MRVO. S. 181) Menger (System S. 99) und v. Turegg (Generalklausel S. 72) zuzustimmen. Aber damit ist noch keineswegs — wie diese Auffassungen offenbar meinen — die Frage beantwortet, ob nicht eine Klage auf Unterlassung drohender Amtshandlungen auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsgesetze möglich ist.

326) Gedächtnisschrift S. 404.

327) Grundgesetz, Anm. I 1 4 b zu Art. 19 IV Seite 5.

sie also nicht mehr, ob eine Verwaltungsverfügung erlassen ist, sondern einzig und allein, ob jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird.

Es ist dieser Auffassung zuzugeben, daß sie in vielen Fällen eines echten Bedürfnisses nach Rechtsschutz vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung im herkömmlichen Sinne Abhilfe schafft und zugleich die manchmal krampfhaft und verzerrt anmutende Einordnung einer Verwaltungsmaßnahme unter den Begriff der Verwaltungsverfügug vermeidet[328]). Wenn wir uns nämlich der Tatsache erinnern, daß unter bestimmten Voraussetzungen bereits die Gefährdung eines Rechts durch drohende künftige Verwaltungsmaßnahmen einer tatsächlichen Rechtsverletzung im obigen Sinn gleichzustellen ist, so würde diese Lösung zumindest in den dringendsten Fällen eines vorbeugenden Rechtsschutzes zu befriedigenden Ergebnissen führen.

So bestechend diese Auffassung, den Begriff der Verwaltungsverfügung allein vom Rechtsschutzbedürfnis her gesehen auszulegen, auch anmutet, so halten wir sie doch mit dem geltenden Recht nicht vereinbar. Wohl ist der Begriff der Verwaltungsverfügung eine Zweckschöpfung[329]) in dem Sinn, daß man auf seinen Sinn und Zweck zurückgreifen und prüfen muß, ob der mit der Verwendung des Begriffs durch den Gesetzgeber gemeinte Sachverhalt tatsächlich gegeben ist, und man nicht nur die Merkmale der in Rede stehenden Verwaltungsmaßnahmen vollkommen losgelöst unter die Begriffsmerkmale einordnen darf. Doch kann die Zweckgebundenheit nicht so weit führen, daß man überhaupt auf den herkömmlichen Begriff der Verwaltungsverfügung verzichtet und die Verwaltungsmaßnahme ausschließlich vom Gesichtspunkt des Rechtsschutzes her sehen möchte. Die Einordnung einer Verwaltungsmaßnahme in diese oder jene Gruppe von hoheitlichen Handlungen darf nicht ausschließlich davon abhängen, ob dies unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes erforderlich ist. Für den Begriff der Verwaltungsverfügung muß es zunächst vielmehr ohne Bedeutung sein, ob der Rechtsweg eröffnet ist oder nicht, ähnlich wie das Vorliegen eines persönlichen öffentlichen Rechts Voraussetzung einer Klage ist, nicht umgekehrt die Klagemöglichkeit ein Begriffsmerkmal des persönlichen öffentlichen Rechts[330]). Es entsteht fast der Eindruck, daß auch die obige Ansicht von Maunz-Dürig von der falschen Vorstellung mit beeinflußt ist, alles Handeln der öffentlich-rechtlichen Stellen vollziehe sich in Form von Verwaltungsverfügungen und nur diese seien Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.

328) Vgl. zu diesen Versuchen Menger in DÖV. 55 S. 590 und Verw.Arch. Bd. 48 (1957) S. 17.

329) BVerwG., Beschl. vom 18. 9. 58, NJW. 59 S. 65.

330) Vgl. hierzu Bachof, Gedächtnisschrift S. 300 und Mauz-Dürig, Grundgesetz, Anm. V 1 c zu Art. 19 IV Seite 24.

Wir sind daher im Geltungsbereich aller Verwaltungsgerichtsgesetze — nicht nur der MRVO. Nr. 165 u. des berl. VGG., welche beide eine ausdrückliche Begriffsbestimmung der Verwaltungsverfügung enthalten — nach wie vor gehalten, bei einer behördlichen Maßnahme nicht nur zu prüfen, ob sie jemandes Recht verletzt, sondern auch, ob sie begrifflich eine Verwaltungsverfügung darstellt. Erst wenn wir beide Voraussetzungen bejahen, eröffnet sich für den Bürger Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage.

Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, wollten wir dem Begriff der Verwaltungsverfügung eine ausführliche Darstellung widmen, zumal die Einordnung weitgehend eine Frage des Einzelfalles ist. Doch sollen in diesem Zusammenhang einige Gruppen von Verwaltungsmaßnahmen aufgezeigt werden, die nach herrschender Ansicht in Lehre und Rechtsprechung nicht unter den herkömmlichen Begriff der Verwaltungsverfügung einzuordnen sind. Dabei werden wir feststellen können, daß vielfach Fälle möglich sind, bei denen zwar ein Rechtsschutz durch die Anfechtungsklage wegen Fehlens einer Verwaltungsverfügung ausgeschlossen, bei denen jedoch ein Bedürfnis nach verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz v o r Erlaß einer Verwaltungsverfügung durchaus zu bejahen ist. Auch dieser Umstand insbesondere rechtfertigt die Notwendigkeit eines vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Zwar geben § 25 MRVO. Nr. 165 und § 23 berl. VGG. eine in allen wesentlichen Punkten übereinstimmende Begriffsbestimmung der Verwaltungsverfügung[331]), während § 15 BVerwGG. und § 22 I VGG schlicht von „Verwaltungsakten" und § 15 I rh. pf. VGG. von „Anordnungen oder Verfügungen und sonstigen Verwaltungsakten" sprechen. Wir wollen jedoch diese Begriffsbestimmung hier nicht zugrundelegen, was sich bereits daraus rechtfertigt, daß die übrigen Verwaltungsgerichtsgesetze keine solche enthalten und auch die bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung keine vorsieht. Im Anschluß an Otto Mayer[332]) versteht die herrschende Lehre den Begriff der Verwaltungsverfügung — falls er ohne Zusatz gebraucht wird — nur im engeren Sinne[333]), da die Verwaltungsgerichtsgesetze nicht die Ueberprüfung der Ergebnisse jeglicher Verwaltungstätigkeit überhaupt einräumen. In Uebereinstimmung mit

331) Vgl. zu diesem Begriff in der MRVO. Bachof, Klage, S. 21 ff. und S. 34 ff.

332) Deutsches Verwaltungsrecht I 2. Aufl. 1914 S. 15.

333) Die überkommene Lehre unterscheidet zumindest eine Verwaltungsverfügung im weiten und im engen Sinne, wobei unter Verwaltungsverfügung i. w. S. jede Handlung einer Verwaltungsbehörde im Gegensatz zu einer Handlung der rechtsprechenden und gesetzgebenden Gewalt verstanden wird, Handlung jedoch nicht als Tätigkeit, sondern als Tat, als Erfolg aufgefaßt. (Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 174; pr. OVG. in RVBl. 58 (1937) S. 928.) Weitergehende Einteilung bei Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910.

der herrschenden Lehre[334]) wollen wir unter Verwaltungsverfügung i. w. S. die von einer Verwaltungsbehörde in Ausübung öffentlicher Gewalt zur Ordnung bestimmter Verhältnisse im Verwaltungsweg für den Einzelfall[335]) erlassenen Verfügungen und Entscheidungen verstehen. Dieser von der Lehre entwickelte und von der Rechtsprechung übernommene Begriff der Verwaltungsverfügung liegt auch allen Verwaltungsgerichtsgesetzen zugrunde[336]).

Wesentlich für den Begriff der Verwaltungsverfügung ist daher, daß es sich einmal um eine obrigkeitliche Willensäußerung einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines bestimmten verwaltungsrechtlichen Sachverhalts handelt, die außerdem unmittelbare Rechtswirkungen erzeugt. Diese beiden Feststellungen über die Erfordernisse des heutigen Begriffs der Verwaltungsverfügung erlauben uns, einige Gruppen von Verwaltungsmaßnahmen auszuschließen, gegen welche dem Bürger ein Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage nicht eröffnet ist.

Einmal müssen sonach alle Verwaltungsverfügungen behördliche Willenserklärungen enthalten. Die Verwaltungsverfügung steht daher im Gegensatz zu bloßen Wissenserklärungen der Behörde als einer bloßen Mitteilung des Wissens nach außen[337]), welche aus dem Begriff der Verwaltungsverfügung auszuscheiden haben, mögen sie den Betroffenen in seinen Rechten noch so sehr bedrohen.

Die Rechtsprechung hat nun als Unterbegriff der Wissenserklärung vor allem Kundmachungen und — hier weniger von Bedeutung — gewisse technische Maßnahmen[338]) herausgearbeitet. Als Kundmachung fällt einmal nicht unter den Begriff der Verwaltungsverfügung, wenn die Behörde lediglich eine bloße Auskunft[339]) erteilt — unter Umstän-

---

334) Vgl. die Uebersicht über die verschiedenen Begriffsbestimmungen bei Menger, System, S. 101 Anm. 16.

335) Diese kann sich als Allgemeinverfügung auch an eine Personenmehrheit richten, sofern diese bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist.

336) Für das VGG. vgl. Bachof, Klage, S. 23, der jedoch den Begriff in der MRVO. Nr. 165 für weitergehend hält. Erkennt man jedoch die Verbindlichkeit als Wesensmerkmal einer Verfügung, Anordnung oder Entscheidung an, so erscheint weder der Begriff der MRVO. noch der des berl. VGG. weiter als der von der herrschenden Lehre entwickelte. (Vgl. Menger, System, S. 101.)

337) Herrschende Lehre. Vgl. insbesondere v. Turegg, Verwaltungsrecht S. 112 und ders. in Generalklausel S. 10. Abweichend nur Peters, Lehrbuch der Verwaltung 1949 S. 151, der für seine Ansicht jedoch keine Begründung bietet, sondern sich nur darauf beruft, daß dieser Begriff ohnehin eine Kunstschöpfung sei.

338) So z. B. Ladungen; ausnahmsweise bezeichnet das Sächs. OVG. (Bd. 32 S. 90) einmal eine Ladung als Verwaltungsverfügung.

339) Vgl. Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 176 und Menger, System, S. 110 Anm. 17 mit weiteren Nachweisen. Anders verhält es sich, wenn die Auskunft — was Tatfrage ist — gleichzeitig eine Entscheidung enthält. (Schack in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht S. 317 Anm. 4). Abzulehnen Bez. VG. Berlin vom 28. 3. 47 DV. 49 S. 625 Nr. 5.

den auch an ein Gericht[340]) — weil dieser ein bestimmter Ordnungswille nicht innewohnt und folglich auch nicht erklärt wird. Dasselbe gilt auch, wenn die Auskunft die Warnung[341]) vor einem bestimmten Geschäftsmann enthält. Wohl trifft für diesen Fall in ganz besonderem Maße zu, daß der Bürger durch eine solche Verwaltungsmaßnahme mittelbar in seinen Rechten beeinträchtigt oder gar verletzt sein kann[342]). Doch kann die Unterordnung einer solchen Maßnahme unter den Begriff der Verwaltungsverfügung weder mit dem Gesichtspunkt der mittelbaren Schädigung der Rechtsstellung noch durch den angeblich enthaltenden Duldungsbefehl überzeugend begründet werden. Insbesondere diese Beispiele zeigen anschaulich, zu welch künstlich und verzerrt anmutenden Begründungen vielfach Zuflucht genommen werden muß, um dem nicht zu leugnenden Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers durch Eröffnung der Anfechtungsklage Rechnung zu tragen. Weiter fallen nicht unter den Begriff der Verwaltungsverfügung die Fälle, in denen die Behörde nur einen Ratschlag oder einen Hinweis[343]) erteilt. Bei der Auslegung ist hierbei jedoch der erkennbar gewollte und der Rechtslage entsprechende Inhalt über die Unvollkommenheit der gewählten Form zu stellen[344]). Enthält die Verwaltungsmaßnahme nur der Form, nicht aber dem gewollten Inhalt nach ein Gebot oder Verbot — will die Behörde z. B. lediglich nochmals etwas besonderes bekanntgeben oder einschärfen[345]) — so liegt keine anfechtbare Verwaltungsverfügung vor. Ebenfalls scheiden als reine Wissenserklärung aus dem Begriff der Verwaltungsverfügung aus, wenn die Verwaltungsbehörde lediglich zur Unterrichtung dienende Empfehlungen[346]) oder Belehrungen[347]) erteilt. Schließlich fal-

---

340) Vgl. OVG. Hamburg vom 13. 4. 50, DVBl. 507 ff., da das ordentliche Gericht an die Auskunft nicht gebunden ist.

341) Vgl. hierzu die ablehnenden Auffassungen des Bez. VG. Berlin, U. v. 21. 1. 47 NJW. 48 S. 355, das hierin eine Verwaltungsverfügung tatsächlicher Art sehen möchte, die einen Duldungsbefehl enthält und VGH. Stuttgart U. vom 25. 5. 50, DRZ. 50, S. 500, der wegen mittelbarer Beeinträchtigung des Betroffenen durch eine innerdienstliche Anweisung eine Verwaltungsverfügung annehmen will.

342) Insoweit ist Bachof (DÖV. 50, 310) völlig zuzustimmen.

343) Vgl. Sächs. OVG. Bd. 38 S. 361; LVG. Hannover, U. v. 10. 2. 49, DÖV. 49 S. 238.

344) Ob z. B. in einer behördlichen Mitteilung, die sich auf eine Polizeiverordnung beruft, eine anfechtbare Polizeiverfügung oder nur ein der Aufhebung nicht unterliegender Hinweis zu erblicken ist, ist Tatfrage. (Pr. OVG. 99 S. 80 ff.) Keine Verwaltungsverfügung liegt z. B. vor, wenn die Polizeibehörde etwas nicht mit eigenen Machtmitteln, sondern durch bloßen Hinweis auf die Strafbarkeit erwirken will (zust. Sächs. OVG Bd. 38 S. 361; Eyermann-Fröhler, VGG. S. 66; Fleiner, Institutionen S. 390 Anm. 11.)

345) Württ. Zeitschrift für Verwaltungsrechtspflege 1937 S. 119.

346) Hingegen kann das Verbot einer Behörde, von der von ihr einmal erteilten Empfehlung Gebrauch zu machen, eine Verwaltungsverfügung darstellen. (Vgl. VGH. Stuttgart vom 27. 4. 50 Verw.Rsp. Bd. 3 Nr. 91 S. 414.)

len auch bloße Verwarnungen[348]) — sofern sie keine Androhung von Zwangsmitteln enthalten[349]) — nicht unter den Kreis der Verwaltungsverfügungen, da sie ebenfalls den Betroffenen lediglich auf einen gesetzlichen Pflichtenkreis hinweisen und, falls der Verwarnte ihm in Zukunft nicht nachkommt, ein behördliches Eingreifen in Aussicht stellen.

Als weitere Voraussetzung der Verwaltungsverfügung wird von der herrschenden Lehre verlangt, daß diese Willenserklärung der Verwaltungsbehörde unmittelbare Rechtswirkungen erzeugen muß, d. h., daß sie dem Betroffenen im Einzelfall sagen muß, was für ihn rechtens sein soll. Dieses Merkmal der Verwaltungsverfügung läßt sich damit begründen, daß die Verwaltungsverfügung ein Rechtsbegriff ist, der innerhalb des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsverfahrens eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen hat. Infolgedessen kann dieser Begriff nur solche Maßnahmen beinhalten, von denen unmittelbar, d. h. von der Maßnahme selbst, rechtliche Wirkungen ausgehen[350]). Es entsteht der Eindruck, daß in der Rechtsprechung auch bei Bejahung dieser Voraussetzung der Verwaltungsverfügung überwiegend die Vorstellung vorherrschend war, nur die Anfechtungsklage könne in diesen Fällen den erforderlichen Rechtsschutz gewähren und aus diesen Gründen des zu Recht erkannten Rechtsschutzbedürfnisses dürfe an das Erfordernis der unmittelbaren Rechtswirkung keine zu großen Ansprüche gestellt werden.

Die obigen Gruppen von Verwaltungsmaßnahmen enthalten nicht nur keine Willenserklärungen, sondern müßten als Verwaltungsverfügungen auch deshalb ausscheiden, weil ihnen das Merkmal der unmittelbaren Rechtswirkung fehlt[351]).

Darüber hinaus enthalten keine solchen unmittelbaren Rechtswirkungen erzeugende Gebote und Verbote grundsätzlich alle rein tatsächlichen Maßnahmen der Verwaltungsbehörden. Diese können nur ausnahmsweise dann einmal einer Verwaltungsverfügung zuzurechnen sein,

---

347) Vgl. Bad. VHG. vom 12. 2. 22 = Reger Bd. 44 S. 242; LVG. Minden vom 13. 3. 51; DVBl. 51, 448 ff.; VGH. München vom 15. 7. 52 DÖV. 53 S. 477; VGH. Stuttgart vom 5. 9. 52 Verw.Resp. Bd. 5 S. 542.

348) So z. B. auch Warnungen eines Ministeriums vor Zeitungsberichterstattern (OLG. Köln vom 19. 11. 51, NJW. 52 S. 187) vgl. auch OVG. Lüneburg in E S Bd. 5 S. 377 und Sächs. OVG. Bd. 34 S. 134.

349) Sächs. OVG. Bd. 34 S. 244. Anders jedoch, wenn sie infolge überhöhter Gebühr einen Strafzweck verfolgen (Sächs. OVG. vom 1. 3. 40 in DV. 40 S. 342).

350) Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht I, 1951, S. 163.

351) Dies verkennen anscheinend die Entscheidungen des Bez. VG. Berlin vom 21. 1. 47 — Warnung — und vom 28. 3. 47. — Auskunft — (DV. 49 S. 625 Nr. 4 und Nr. 5) welche zudem das Erfordernis der unmittelbaren Rechtswirkung durch den „Eingriff in den Rechtskreis des von der Verwaltungsverfügung betroffenen Bürgers" ersetzen wollen.

sofern sie ein Verbot oder ein Gebot zur Duldung unausgesprochen enthalten[352]). In einem solchen Fall stellt jedoch das Gebot oder Verbot die Verwaltungsverfügung dar, nicht die tatsächliche Ausführung[353]).

Weiter enthalten solche Maßnahmen keine unmittelbaren Rechtswirkungen, welche lediglich der Vorbereitung[354]) oder der Ankündigung[355]) einer später zu erlassenden Verwaltungsverfügung dienen, da sie allein noch nicht auf die Rechtsstellung einer Person unmittelbar einwirken. Mag auch die angekündigte und drohende Verwaltungsverfügung den Betroffenen noch so sehr in seinen Rechten beeinträchtigen, so ist trotzdem wegen Fehlens einer Verwaltungsverfügung Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage ausgeschlossen. Ebenfalls ist eine Aeußerung der Verwaltungsbehörde, welche nur die Wiederholung[356]) einer bereits ergangenen — aber nunmehr unanfechtbaren — Verwaltungsverfügung bezweckt, nicht mit der Anfechtungsklage zu beseitigen, da sie keine selbständige rechtliche Bedeutung gegenüber der früheren Entscheidung hat[357]). Aus denselben Gründen können grundsätzlich auch Bescheinigungen[358]) der Verwaltungsbehörden, die nur der Vorbereitung einer später zu erlassenden Verfügung dienen[359]), nicht selbständig mit der Anfechtungsklage angefochten werden. Nur ausnahmsweise können Aeußerungen und Bescheinigungen dann eimal anfechtbare Verwaltungsverfügungen darstellen, wenn mit ihnen ein bestimmter rechtlicher Erfolg erreicht werden soll[360]). Auch Ausschreibungen[361]) einer Verwaltungsbehörde, die keine unmittelbaren Rechts-

---

352) Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 258; Jerusalem, Grundriß des Verwaltungsrechts S. 46; Pr. OVG. Bd. 58 S. 264 ff. (265).

353) Van de Sandt, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 62.

354) LVG. Minden vom 13. 3. 51 DVBl. 51 S. 448 ff.; BVerwG. vom 12. 6. 53 in MDR. 53 S. 659 und vom 7. 5. 57 in NJW. 58 S. 194 ff.

355) VGH. Kassel vom 7. 1. 48 DÖV 49 S. 460 Nr. 26. Jedoch muß dem Empfänger die Maßnahme als bloße Ankündigung erkennbar sein. (Bachof, Festschrift für Laforet, S. 312 ff.)

356) Sächs. OVG. Bd. 40 S. 86.

357) Württ. VR. 1919 S. 73; 1921 S. 50; 1928 S. 90; 1932 S. 8, S. 38 ff.

358) OVG. Hamburg vom 26. 3. 53 Verw.Rspr. Bd. 6 S. 236.

359) OVG. Lüneburg vom 28. 10. 54 DÖV 55 S. 418 (Bescheinigung über das Vorliegen der Voraussetzungen einer Grundsteuervergünstigung nach § 10 des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes) und OVG. Lüneburg vom 19. 11. 53, OVGE. Bd. 7 S. 375 (Bescheinigung der für das Wohnungswesen zuständigen Verwaltunsbehörde über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 c Einkommensteuergesetz).

360) VGH. Kassel vom 27. 8. 53 Verw.Rspr. Bd. 6 S. 507; VGH. Bremen vom 7. 1. 53 DVBl. 54 S. 195; LVG. Düsseldorf vom 16. 12. 52 DVBl. 54 S. 196; VGH. Stuttgart vom 21. 5. 53 DÖV. 53 S. 576. (Die bindende Erklärung einer Behörde, wie sie bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses verfahren werde. Diese ergeht aber immer unter dem Vorbehalt der Gesetzmäßigkeit der endgültigen Verwaltungsverfügung und dem Vorbehalt, daß sich die Sachlage nicht ändert. Vgl. VGH. München vom 28. 3. 53 DÖV. 53 S. 510.)

wirkungen nach außen erzeugen, fallen nicht unter den Begriff der anfechtbaren Verwaltungsverfügung. An dem Erfordernis der unmittelbaren Rechtswirkung nach außen scheitert schließlich auch die Einordnung solcher behördlicher Maßnahmen, die lediglich einen Vorgang der inneren Willensbildung des Staates darstellen[362]). Infolgedessen können rein innerdienstliche Weisungen[363]), also insbesondere des Dienstvorgesetzten an den Beamten und der vorgesetzten an die nachgeordnete Behörde einschließlich der staatlichen Aufsichtsbehörde an die Behörden von Selbstverwaltungskörperschaften in Auftragsangelegenheiten grundsätzlich nicht mit der Anfechtungsklage angefochten werden. Das bloße Bestehen oder Ergehen einer solchen Weisung erzeugt noch keine unmittelbaren Rechtswirkungen für den Betroffenen, sie bedarf erst noch der Ausführung, damit sie nach außen wirksam wird. Eine solche Weisung wird auch nicht dadurch zu einer anfechtbaren Verwaltungsverfügung, daß die anweisende Behörde dem Betroffenen von ihrem Erlaß an die nachgeordnete Behörde Mitteilung macht[364]). Es handelt sich nämlich hierbei um keine Willensäußerung zur unmittelbaren Regelung eines Einzelfalls, sondern lediglich um eine bloß rechtsunerhebliche Mitteilung einer Behörde[365]), wobei man jedoch zu fordern haben wird, daß die Behörde unmißverständlich zum Ausdruck bringt, daß es sich nur um eine solche Mitteilung handelt. Ein Außenstehender, von der Weisung etwa Betroffener, kann daher gegen die Weisung selbst weder mit der Anfechtungsklage noch — im Geltungsbereich des VGG. — mit dem Antrag auf selbständige Rechtssatzüberprüfung vergehen — da es sich ja lediglich um bloße Verwaltungsvorschriften handelt — mag ihn auch das tatsächliche Bestehen der Weisung und das dauernde behördliche Verfahren nach ihr bereits jetzt erheblich belasten und in seiner Entwicklung entscheidend beeinträchtigen. Der Weg der Anfechtungsklage ist in diesen Fällen jedoch grundsätzlich erst dann eröffnet, wenn auf Grund dieser Weisung tatsächlich eine anfechtbare Verwaltungsverfügung ergangen ist[366]). Es ist Bachof[367]) durchaus zuzugeben, daß es innerdienstliche Weisungen geben kann, die allein schon durch

---

361) BVerwG. vom 7. 5. 57 in NJW. 58 S. 194.

362) Vgl. Menger, System, S. 111.

363) Wesentliches zur Klärung dieser Fragen hat Bachof (Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung in Festschrift für Laforet, insbesondere S. 298 bis 316) beigetragen. Vgl. auch Krüger (NJW. 53 S. 1369—1377, der besonders die Unterscheidungsmerkmale „Innen" und „Außen" für unbrauchbar hält. (S. 1371.)

364) Bez. VG. Berlin vom 27. 1. 50 DÖV. 50 S. 310.

365) VGH. München vom 19. 7. 50 DVBl. 51 S. 147.

366) OVG. Münster vom 18. 6. 51 DVBl. 52 S. 59.

367) Anm. zu einem Urteil des Bez.Verw. G. Berlin vom 27. 1. 50 in DÖV. 50 S. 310, der dieses unerfreuliche Ergebnis besonders klar für eine behördliche Weisung, die Verwendung bestimmter Baustoffe zu unterbinden, aufzeigt (Vgl. und Beispiel Ziffer 5 Seite 13).

ihr Bestehen, wenn sie veröffentlicht werden oder sich auch nur herumsprechen, bewirken können, daß der Betroffene schweren Schaden leidet, ohne daß es überhaupt je zu einer tatsächlichen Vollziehung durch eine Verwaltungsverfügung zu kommen braucht. Man denke nur etwa an unser Beispiel Ziffer 5 S. 13 (Baustoffe), wo die innerdienstliche Weisung, bestimmte Baustoffe nicht zu verwenden, für den außenstehenden Dritten tatsächlich diejenigen Folgen ganz oder teilweise auslöst, deren Bewirkung eigentlich der auf Grund der Weisung zu erlassenden Verwaltungsverfügung zugedacht war oder etwa an den Fall, wo die innerdienstliche Weisung Wirkungen erzielt, die durch die Anfechtung der auf der Grundlage der Weisung ergangenen Verfügungen nicht mit Erfolg beseitigt werden kann[368]). Es bedarf auch keiner Frage, daß in derartigen Fällen der betroffene Staatsbürger nicht „rechtsschutzlos“[639]) gestellt bleiben kann. Es erhebt sich jedoch die entscheidende Frage: ob und unter welchen Voraussetzungen sich diese innerdienstlichen Weisungen, die allein durch ihr Bestehen und das behördliche Verfahren danach derartige Wirkung gegenüber außenstehenden Dritten zeitigen, bereits rechtlich als anfechtbare Verwaltungsverfügungen darstellen, solange tatsächlich noch keine Verfügung auf Grund der Weisung ergangen ist. M. E. führen alle Versuche, diese Weisungen mit den oben geschilderten rein tatsächlichen Außenwirkungen unter den herkömmlichen Begriff der Verwaltungsverfügung unterzuordnen, zu einer unzulänglichen Ausweitung dieses Begriffs und schließlich zu seiner völligen Unbrauchbarkeit. Wenn man ernsthaft an dem Begriff der Verwaltungsverfügung im herkömmlichen Sinne, nämlich einer auf einem rechtlichen Erfolg gerichteten obrigkeitlichen Willensäußerung, die unmittelbar Rechtswirkungen zeitigen muß, festhält, so geht es m. E. nicht an, diese innerdienstlichen Weisungen, selbst wenn sie allein durch ihr Bestehen den Außenstehenden noch so sehr belasten, als anfechtbare Verwaltungsverfügungen anzusehen[370]). Grundsätzlich kann sich für den Dritten Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage immer erst eröffnen, falls tatsächlich eine Verwaltungsverfügung auf Grund der Weisung ergangen ist. M. E. sollte diese Lücke des Rechtsschutzes nicht dadurch zu schließen

---

368) Vgl. Bachof Festschrift für Laforet, S. 308 ff., der dies bes. anschaulich an einem Beispiel darstellt, wo die Verwaltung durch eine innerdienstliche Weisung die Beschlagnahme des Flugblattes anordnet. Es wäre der Flugblattverbreiter überfordert, wollte man von ihm verlangen, daß er sämtliche auf Grund der Weisung ergangenen Beschlagnahmeverfügungen in dem Gebiet, für das die Weisung Geltung hat, anfechten soll. Hier muß ihm die Möglichkeit gegeben werden, gegen die Weisung selbst vorzugehen.

369) So Bachof in DÖV. 50 S. 310.

370) Vgl. zu dieser ganzen Frage Bachof a.a.O. S. 298—316, und Krüger, NJW. 53. S. 1369—1377. Eine ganz andere Frage ist, ob in diesen Fällen nicht hilfsweise der ordentliche Rechtsweg nach Art. 19 IV GG. eröffnet ist.

versucht werden, daß man diese Weisungen mit den obigen geschilderten tatsächlichen Außenwirkungen gewaltsam unter den herkömmlichen Begriff der Verwaltungsverfügung einordnen will. Einmal wird durch diesen Versuch der Begriff der Verwaltungsverfügung, der von Wissenschaft und Rechtsprechung ja gerade deshalb entwickelt worden ist, um den für das Handeln der Verwaltung geltenden Lehren und Rechtsgrundsätzen einen festen Anhalt zu geben[371]), als verwaltungsrechtlicher Begriff jeder Bedeutung beraubt. Zum andern stehen — was gerade diese Untersuchung über den vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor allem zeigen soll — m. E. hierfür geeignetere Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung, die eine solche Begriffszwängung entbehrlich machen.

Alle diese Gruppen scheiden sonach — entweder weil sie keine Willensäußerung oder keine unmittelbare Rechtswirkung enthalten oder weil ihnen beides fehlt — aus dem Begriff der Verwaltungsverfügung aus und ein Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage ist folglich ausgeschlossen, mag der Betroffene durch diese Maßnahmen noch so sehr in seinen Rechten oder seiner Rechtsstellung beeinträchtigt sein

Mit dieser kurzen Betrachtung soll jedoch keineswegs die Behauptung aufgestellt werden, daß in all diesen Fällen ausnahmslos ein Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtsschutz anzuerkennen und ein solcher jeweils auch durch die Verwaltungsgerichte tatsächlich gewährt werden kann. Doch sollen unsere weiteren Untersuchungen insbesondere über die vorbeugende Feststellungs- und Unterlassungsklage zeigen, daß in den Fällen, in denen wirklich ein Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtsschutz im Einzelfall anzuerkennen ist, durchaus andere verfahrensrechtliche Klagemöglichkeiten als die hierfür ungeeignete Anfechtungsklage zur Verfügung stehen, um dem Bürger Rechtsschutz zu gewähren.

So hat diese Untersuchung über die Anfechtungsklage unter dem Gesichtspunkt eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Amtshandlungen einmal gezeigt, daß diese verwaltungsgerichtliche Klageart ausnahmslos eine bereits erlassene Verwaltungsverfügung voraussetzt und folglich eine Klage auf Unterlassung einer Amtshandlung nicht auf den Grundsatz der Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten in den einzelnen Verwaltungsgerichtsordnungen gestützt werden kann. Zum andern hat sich auch ergeben, daß die vom Bedürfnis nach Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage getragene Ausdehnung des herkömmlichen Begriffs der Verwaltungsverfügung nicht nur mit dem geltenden Recht unvereinbar ist, sondern auch vielfach zu verzerrt und künstlich wirkenden Lösungen führt. Die Anfechtungsklage ist sonach als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich ungeeignet.

371) Forsthoff, Verwaltungsrecht I 6. Aufl. 1956 S. 176 f.

b) Vorbeugender Rechtsschutz und Vornahmeklage.

Sowohl die MRVO. Nr. 165 wie auch das VGG. kennen hauptsächlich zwei Unterarten der Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, nämlich die Klage gegen die ausdrückliche Ablehnung oder Versagung einer Amtshandlung und die Klage gegen die völlige Untätigkeit der Behörde trotz Antrags auf Vornahme einer Amtshandlung. Obgleich diese beiden Klagearten gelegentlich als „Untätigkeitsklage“[372]) bezeichnet werden, halten wir die Unterscheidung von Bachof[373]) für zutreffender und wollen den Ausdruck Untätigkeitsklage auf Klagen wegen Nicht-Bescheidung eines Antrags beschränken[374]) und die Klage gegen die ausdrückliche Ablehnung oder Versagung einer Amtshandlung als „Weigerungsgegenklage“ bezeichnen.

Die Vornahmeklage ist ihrem Klagebegehren nach eine Leistungsklage[375]). Zu ihrer Zulässigkeit genügt, daß der Kläger den Erlaß einer Verwaltungsverfügung[376]) begehrt und behauptet, hierauf einen Rechtsanspruch zu haben[377]). Rechtswidriges Verhalten der öffentlichen Gewalt kann nämlich nicht nur in einem Tun, sondern auch in einem Unterlassen bestehen, wenn eine Rechtspflicht zu einem rechtmäßigen Handeln gegeben ist. Anfechtungs- und Vornahmeklage stehen insofern auf einer Stufe, als beide darauf abzielen, rechtswidriges Verhalten der Verwaltungsbehörde — bestehe es in einem Tun oder Unterlassen — durch Richterspruch zu beseitigen[378]). Die Vornahmeklage geht jedoch insoweit über die Anfechtungsklage hinaus, als sie nicht oder nicht nur[379]) die Aufhebung einer Verwaltungsverfügung, sondern auch einen verpflichtenden richterlichen Ausspruch über ein bestimmtes Tätigwerden der Behörde begehrt. Hier trifft sich die Vornahmeklage mit unserer vorbeugenden Unterlassungsklage, die einen solchen richterlichen Ausspruch über ein Untätigbleiben der Behörde erwünscht. Vor allem die in sämtlichen neuen Verwaltungsgerichtsgesetzen geschaffene Möglichkeit, die Vornahme hoheitlicher Maßnahmen im Wege der Klage gegen die verpflichtete Behörde zu erreichen, gibt Anlaß zu der Betrachtung darüber,

---

372) So Giesges, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der englischen Zone S. 40 und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg S. 45; van de Sandt, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 59 und offenbar auch Sieveking, MDR. 48 S. 318.

373) Kage auf Vornahme einer Amtshandung, S. 8.

374) Vgl. W. Jellinek in DRZ. 48 S. 271.

375) Bachof, Verh. des 38. dt. Juristentages, Abt. D. S. 91; VGH. Stuttgart in DÖV. 50 S. 345

376) Keiner sonstigen Amtshandlung. Vgl. Bachof, Klage, S. 31.

377) So BVerwG. U. vom 6. 6. 58 in NJW. 59 S. 115.

378) Niese, JZ 52 S. 357.

379) Dem Aufhebungsantrag kommt im Vergleich zum Vornahmeantrag jedoch keine selbständige rechtliche Bedeutung zu. (Vgl. Niese JZ. 52 S. 356; BVerwG. vom 17. 11. 54, NJW. 55 S. 436.)

ob und inwieweit auch ein Rechtsschutz gegen drohende rechtswidrige Eingriffe der öffentlichen Gewalt gegeben ist.

Die Unterlassungsklage soll den Erlaß einer drohenden Amtshandlung dadurch verhindern, daß sie einen richterlichen Ausspruch über ein Nichttätigwerden der Verwaltungsbehörde begehrt. Genau entgegengesetzt ist die Zielrichtung der Vornahmeklage, die sich gegen die Unterlassung einer beantragten Amtshandlung richtet und folglich ein Tätigwerden der Verwaltungsbehörde durch Erlaß einer Amtshandlung erzwingen will.

Nach dem klaren gesetzlichen Wortlaut kann sonach eine Unterlassungsklage nicht auf die Vorschriften über die Vornahmeklage gestützt werden, noch kann die Vornahmeklage selbst irgendwelche Aufgaben eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Amtshandlungen wahrnehmen. Wegen der beiden unterschiedlichen Zielrichtungen der Unterlassungsklage und der Vornahmeklage muß auch eine entsprechende Anwendung[380]) außer Betracht bleiben.

Der Vornahmeklage und der Unterlassungsklage ist jedoch gemeinsam, daß sie beide ein zukünftiges Verhalten der Verwaltungsbehörde durch richterlichen Ausspruch erzwingen wollen. Aus dieser gleichgearteten Aufgabe werden sich im Verlauf der weiteren Untersuchung wesentliche Erkenntnisse über die grundsätzliche Zulässigkeit vorbeugender Unterlassungsklagen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und deren Voraussetzungen gewinnen lassen. Die Gemeinsamkeiten zwischen Vornahme- und Unterlassungsklage sollen an den jeweils einschlägigen Stellen dieser Untersuchung besonders hervorgehoben werden.

c) Verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zwecks Abwehr drohender Amtshandlungen

Von den bisher erwähnten verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten scheint die Feststellungsklage noch am ehesten geeignet, einen Schutz gegen drohende Verwaltungsmaßnahmen zu gewähren. Bereits W. Jellinek hat diese Aufgabe der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage erkannt und darauf hingewiesen, „daß gerade gegen solche drohenden, aber noch nicht erlassenen Verwaltungsverfügungen ein unverkennbares Rechtsschutzbedürfnis bestehe“[381]). Bei der allgemeinen Einführung der Feststellungsklage in die Verwaltungsgerichtsgesetze nach 1946 drang die Erwägung durch, daß „mangels einer Möglichkeit, Feststellungsklage zu erheben, der Rechtsschutzsuchende erst warten müsse, bis eine behördliche Verfügung seinen Rechtskreis berührt, die

---

380) Vgl. zu der entsprechenden Anwendung der Vornahmeklage: Menger, in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 356.

381) In VVDSt.RL. Bd. 2 Seite 62.

er mit der Anfechtungklage anfechten kann[382]). In der Tat würde diese Klageart dann einen vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewähren, wenn einmal die verfahrensrechtliche Möglichkeit bestünde, die Rechtswidrigkeit einer von der Verwaltung beabsichtigten drohenden Amtshandlung im Wege der Feststellungsklage durch Richterspruch feststellen zu lassen, und wenn zum anderen dieses Feststellungsurteil die betreffende Verwaltungsmaßnahme gegenüber dem Feststellungskläger für die Zukunft mit Sicherheit ausschlösse[383]). Für eine dieses Ziel verfolgende Feststellungklage wäre an sich keine besondere Bezeichnung als „vorbeugende Feststellungsklage" erforderlich, da es sich um die gewöhnliche verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage handelt. Wegen ihrer besonderen Zielrichtung sei jedoch in diesem Zusammenhang dieser Ausdruck erlaubt, sofern man sich jedoch darüber klar ist, daß damit kein Wesensunterschied zur gewöhnlichen Feststellungsklage zum Ausdruck gebracht werden soll.

aa) Feststellungsklage „im Wege der Parteistreitigkeiten".

Da nach § 24 VGG. die Feststellungsklage „im Wege der Parteistreitigkeit" zu erheben ist und das VGG. in Abweichung zu der MRVO. Nr. 165, welche das Verfahren einheitlich regelt, zwischen dem Anfechtungsverfahren und dem Verfahren in Parteistreitigkeiten unterscheidet, ist für den Geltungsbereich des VGG. als Vorfrage zu klären, welche Bedeutung dieser Verweisung beizumessen ist. Man kann diese einmal dahin verstehen, daß die Feststellungsklage nur zulässig sein soll, wenn die Voraussetzungen des Parteiverfahrens vorliegen. Sie kann aber auch verfahrensrechtlich in dem Sinn aufgefaßt werden, daß Feststellungsklagen im Verfahren nach den §§ 85 ff. VGG. — also nicht im Anfechtungsverfahren — entschieden werden sollen, ohne daß damit die „Gleichordnung" der Rechtsträger im Sinne des § 85 VGG. zur Voraussetzung der Feststellungsklage zu erheben wäre.

Die Vertreter der ersten Auffassung fordern folgerichtig als Voraussetzung der Feststellungsklage wie bei den Parteistreitigkeiten die Gleichordnung der Rechtsträger. Nun gehen aber auch die Meinungen darüber, was in § 85 VGG. unter dieser Gleichordnung zu verstehen ist, wieder auseinander. Eine Entscheidung dieser Streitfrage ist hier deshalb entbehrlich, weil nach meiner Auffassung die Verweisung in § 24 VGG. nur

---

382) Bauer, Wiederaufbau der Verwaltungsrechtspflege, SJZ. 46 S. 151.

383) Diese „vorbeugende Feststellungsklage" hat Naumann, mit seiner Forderung allein (Die Verwaltungsgerichtsbarkeit 1951 S. D 32) oder überwiegend (Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, Gedächtnisschrift für W. Jellinek S. 391 ff.) im Auge, während sie W. Jellinek (Verwaltungsrecht S. 208) gewissermaßen als Unterform der Unterlassungsklage erwähnt.

in dem Sinn verstanden werden darf, daß für die Feststellungsklage lediglich die Verfahrensvorschriften über das Parteiverfahren nach §§ 85 ff. VGG. Anwendung finden sollen, nicht aber die weitere Voraussetzung, nämlich die Gleichordnung der Rechtsträger, erforderlich ist. Diese Auffassung verdient einmal aus Gründen der Rechtseinheit den Vorzug. In allen übrigen Verwaltungsgerichtsordnungen sind in den Bestimmungen über die Feststellungsklage diese Worte „im Wege der Parteistreitigkeit" nicht eingefügt und ihnen wäre somit, wollte man obiger Ansicht folgen, diese Beschränkung nicht bekannt. Auch das Bundesverwaltungsgerichtsgesetz regelt in § 16 die Feststellungsklage verfahrensmäßig nicht anders als die Anfechtungsklage. Zudem ist eine Beschränkung der Feststellungsklage allein auf Rechtsverhältnisse zwischen Gleichgeordneten weder durch den Wortlaut noch durch den Zweck des § 24 VGG. geboten. Wollte man dieser Verweisung den Sinn beilegen, daß die Feststellungsklage nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des Parteiverfahrens zulässig sei, so würde dies — zumal angesichts der unterschiedlichen Auslegung des Begriffs der Gleichordnung — den allgemein in den neuen Verwaltungsgerichtsgesetzen durch die Feststellungsklage eröffneten Rechtsschutz für den Geltungsbereich des VGG. ohne Notwendigkeit wieder einschränken und für den Betroffenen vielfach die Rechtsverfolgung erschweren. Dies kann nicht der Zweck des neuen VGG. sein.

Die Verweisung in § 24 VGG. bedeutet demnach nur, daß auf die Feststellungsklage lediglich die Verfahrensvorschriften der §§ 85 ff. und nicht der §§ 35 ff. VGG. anzuwenden sind.

Somit ist auch im Geltungsbereich des VGG. wie in allen übrigen Verwaltungsgerichtsordnungen die Feststellungsklage in den Fällen zulässig, in denen sich Staat und Bürger nicht als Gleichgeordnete, sondern im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung gegenüberstehen[384]). Mit der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage könnte daher nicht nur festgestellt werden, ob eine solche Ueber- und Unterordnung tatsächlich besteht[385]), sondern es können auch Rechtsbeziehungen Gegenstand einer Feststellungsklage sein, wo sich Staat und Bürger zweifelsfrei in diesem Verhältnis gegenüberstehen[386]).

Aus der Verweisung „im Wege der Parteistreitigkeit" ergeben sich sonach für den Geltungsbereich des VGG. keine Bedenken gegen die

---

384) So im Ergebnis ebenfalls Hess. VGH. vom 10. 2. 50, MDR. 50 S. 374; Freytag, DV. 49 S. 459; Hufnagel, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 134 ff.; Lerche, DVBl. 51 S. 397; Schunck-De Clreck, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 110.

385) Haueisen, NJW. 52 S. 913.

386) Zu demselben Ergebnis müssen diejenigen gelangen, die zwar für die Feststellungsklage auch die sachlichen Voraussetzungen des Parteiverfahrens fordern, aber den Begriff der Gleichordnung nach § 85 VGG. jedoch nicht sachlich-rechtlich, sondern ausschließlich verfahrensrechtlich auffassen.

grundsätzliche Eignung der Feststellungsklage zur Abwehr drohender Amtshandlungen. Die hiergegen zu erhebende Feststellungsklage könnte nur eine verneinende Klage sein. Der Kläger wird darnach behaupten, ein öffentliches Rechtsverhältnis, dessen Inhalt das vom Staat beanspruchte Recht zum Erlaß der betreffenden Maßnahme darstelle, bestehe nicht. Es wird daher weiter zu prüfen sein, ob die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage nach ihrem Inhalt und ihrer sonstigen Ausgestaltung geeignet erscheint, einen vorbeugenden Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen in umfassender und wirksamer Weise zu gewährleisten.

bb) Inhalt des feststellbaren Rechtsverhältnisses.

Die Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage der Abwehr drohender Amtshandlungen überhaupt dienen kann, hängt zunächst einmal hauptsächlich davon ab, welchen Inhalt man dem Begriff des öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses[387]) gibt. Gerade die Unklarheit über diesen Begriff ist einer „wirksamen Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage häufig entgegengestanden"[388]). Bereits W. Jellinek hat in seinem Bericht auf der Leipziger Staatsrechtslehrertagung im Jahre 1925 warnend darauf hingewiesen, den durch die Einführung der Feststellungsklage eröffneten Rechtsschutz nicht durch zu enge Auslegung des Begriffs Rechtsverhältnis wieder einzuschränken[389]) und neuerdings hat Naumann diesen Hinweis erneut aufgenommen[390]).

Da maßgebend für die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage die Ueberlegung war, einen dem bürgerlichen Recht entsprechenden Rechtsschutz im öffentlichen Recht auch auf diesem Gebiet zu schaffen[391]) und da insbesondere Lehre und Rechtsprechung im öffentlichen Recht im wesentlichen der Auslegung des bürgerlichen Rechtsverhältnisses in § 256 ZPO. gefolgt sind, soll der Begriff des öffentlichen Rechtsverhältnisses an Hand der im bürgerlichen Recht entwickelten Grundsätze bestimmt werden.

---

387) Daß es sich immer um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis handeln muß, ergibt sich trotz Fehlens einer ausdrücklichen Erwähnung in den Verwaltungsgerichtsgesetzen (ausgenommen § 52 MRVO.) bereits aus der allgemeinen Beschränkung der Vrwaltungsstreitverfahren auf öffentlich-rechtliche Streitigkeiten. (Eyermann-Fröhler, S. 93.)

388) Naumann, DVBl. 51 S. 140.

389) In VVDStRL. Bd. 2 S. 62.

390) In DVBl. 51 S. 140; Verh. des 38. dt. Juristentages, Abt. D. S. 32 ff; Gedächtnisschrift S. 391 ff.

391) Bauer, SJZ. 46 S. 149 ff. (151).

Im bürgerlichen Rechtsverfahren besteht Einigkeit, daß ein streitiges Rechtsverhältnis nur als in der Gegenwart bestehend oder nicht bestehend festgesetllt werden kann[392]), wobei aber ein bedingtes Recht oder Rechtsverhältnis genügt, sofern die es begründenden Tatsachen bereits vorliegen und nur das bedingende Ereignis noch aussteht[393]). Grundsätzlich kann folglich im bürgerlichen Rechtsverfahren weder ein vergangenes noch ein zukünftiges Rechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage sein. Ein zukünftiges Rechtsverhältnis kann ausnahmsweise nur dann mit der Feststellungsklage festgestellt werden, wenn der künftige Anspruch sich als Folge eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses darstellt[394]) oder eine künftige Entwicklung eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll[395]). Obwohl allgemein die im bürgerlichen Recht entwickelten Rechtsauffassungen nicht ohne weiteres im Verwaltungsrecht verwendbar sind[396]), lassen sich hieraus unter besonderer Berücksichtigung der verwaltungsgerichtlichen Festsellungsklage wichtige Erkenntnisse für den Begriff des Rechtsverhältnisses gewinnen, zumal Gegenstand dieser Festtellungklage in Anlehnung an § 256 ZPO. ebenfalls das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ist.

Auch für die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage gilt der Grundsatz, daß nur ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis festgestellt werden kann. Entscheidend für die Feststellungsklage als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes ist jedoch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise auch ein erst zukünftiges Rechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann.

Ein Sachverhalt, welcher möglicherweise erst in Zukunft Rechtsbeziehungen hervorrufen kann, kann nach dem klaren gesetzlichen Wortlaut wie im bürgerlichen Recht so auch im öffentlichen Recht nicht mittels Feststellungsklage festgestellt werden. Diese allgemein anerkannte Meinung[397]) ist nicht zu beanstanden. Unter einem „zukünftigen Rechtsverhältnis" sollten jedoch nur solche Rechtsbeziehungen verstanden werden, die wirklich erst in Zukunft entstehen. Mit dieser Fest-

---

392) Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 6. Aufl. 1954 S. 382.

393) RGZ. 170 S. 374; 49 S. 370; 169 S. 394; BGHZ. Bd. 4 S. 134 ff.

394) Stein-Jonas-Schönke, Zivilprozeßrecht, 18. Aufl. 1953 Anm. II 4 zu § 256.

395) So RGZ. Bd. 123 S. 238.

396) Vgl. Naumann, DVBl. 51 S. 140.

397) Vgl. Eyermann-Fröler, VGG., S. 193; W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 191; Klinger, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 346; v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1954 S. 210; OVG. Koblenz vom 27. 9. 51 Verwaltungs-Rspr. Bd. 4 Nr. 78 S. 384 ff.; OVG. Münster vom 19. 8. 53, DVBl. 53 S. 772. Abweichend soweit ersichtlich nur VGH. Stuttgart vom 15. 7. 54 (VerwRspr. Bd. 7 S. 673 ff. — 677 —), der auch das Nichtbestehen künftiger Rechtsverhältnisse für feststellbar hält, falls ein berechtigtes Bedürfnis daran erkannt werden muß.

stellung ist aber noch keineswegs entschieden, daß die Feststellungsklage keinen Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen gewähren kann. Es ergeben sich nämlich auch im öffentlichen Recht Rechtsfolgen aus einem gegenwärtig bereits in bestimmten tatsächlichen Grundlagen be-, stehenden Rechtsverhältnis erst in der Zukunft. Dadurch wird das gegenwärtige Rechtsverhältnis jedoch noch nicht zu einem zukünftigen. Es ist daher bedenklich, den Ausdruck „vorbeugende Feststellungsklage" auch für solche — unzulässigen — Feststellungsklagen zu verwenden, die wirklich die Feststellung eines möglicherweise erst in Zukunft entstehenden Rechtsverhältnisses begehren, sondern wir wollen diese Bezeichnung ausschließlich für die Feststellungsklage zwecks Abwehr zukünftiger Verwaltungsmaßnahmen vorbehalten. Vielfach hat es den Anschein, daß — teilweise durch diese irreführende Bezeichnung beeinflußt — in Lehre und Rechtsprechung die Feststellungsklage zwecks künftiger Rechtsverhältnisse und die Feststellungsklage zur Abwehr drohender Amtshandlungen gleichgesetzt und mit der anzuerkennenden Ablehnung der Feststellungsklage wegen zukünftiger Rechtsverhältnisse gleichzeitig ohne nähere Prüfung auch die Möglichkeit verneint wird, mit der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage drohenden Verwaltungsmaßnahmen vorzubeugen[398]). Wir halten daher diese Gleichsetzung nicht nur für falsch, sondern sie ist auch geeignet, sich den Weg zu weiteren Erkenntnissen von selbst zu verschließen. Es ist auch heute noch an dem allgemein anerkannten Grundsatz festzuhalten, daß ein möglicherweise erst in Zukunft entstehendes Rechtsverhältnis nicht Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage sein kann. Damit ist jedoch der Feststellungsklage ihre grundsätzliche Eignung zur Abwehr drohender Amtshandlungen noch keineswegs abgesprochen. Diese Frage beantwortet sich vielmehr ausschließlich danach, welchen Inhalt man nun in Wirklichkeit diesem Begriff des öffentlichen Rechtsverhältnisses beizumessen hat.

aaa) Oeffentliches Rechtsverhältnis vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung?

Zweifelsfragen sind nun bei der Feststellungsklage zwecks Abwehr, Verhütung oder Vorbeugung drohender nachteiliger Verwaltungsmaßnahmen vor allem bei der Frage entstanden, ob vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung schon ein Rechtsverhältnis vorliege, dessen Feststellung begehrt werden könne. Ist man nämlich der Auffassung, ein öffentliches Rechtsverhältnis könne ausnahmslos immer nur von einer bereits erlassenen Verwaltungsverfügung seinen Ausgang nehmen, vorher liege

---

398) So offenbar auch Menger, System, S. 236 und OVG. Hamburg vom 27. 9. 51 in DVBl. 52 S. 86 f. (87).

lediglich ein nicht feststellbarer Rechtszustand vor[399]), so könnte allerdings die Feststellungsklage in keinem Falle zur vorbeugenden Abwehr drohender Amtshandlungen herangezogen werden, da hier ja gerade noch keine Verwaltungsverfügung erlassen ist.

Diese Auffassung ist jedoch — so bestechend klar sie auch eine Trennung zwischen Rechtszustand und Rechtsverhältnis vornehmen würde — mit dem geltenden Recht nicht vereinbar. Es trifft zwar zu, daß vielfach öffentlich-rechtliche Beziehungen auf einer hoheitlichen Anordnung beruhen[400]). Aber man kann den Uebergang vom bloßen Rechtszustand zum feststellbaren Rechtsverhältnis nicht ausschließlich vom Erlaß einer Verwaltungsverfügung abhängig machen[401]). Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung ergibt sich einmal daraus, daß ja die vom Staat beanspruchte Berechtigung, nachteilige Maßnahmen zu erlassen, Voraussetzung für den Erlaß dieser Verwaltungsverfügung ist. Wenn aber dem Staat diese Berechtigung zustehen soll, so ist dieses Recht doch offenbar der Ausfluß einer zwischen Staat und Bürger auf Grund eines gesetzlichen Tatbestands bestehenden öffentlich-rechtlichen Beziehung. Ohne solche Rechtsbeziehung ist diese vom Staat in Anspruch genommene Berechtigung überhaupt nicht denkbar[402]). Schon hieraus ergibt sich, daß Rechtsverhältnisse nicht nur ausschließlich auf Verwaltungsverfügungen, sondern auch unmittelbar auf Rechtssätzen beruhen können[403]). Rechte, die unmittelbar auf Grund eines Rechtssatzes öffentlich-rechtliche Beziehungen schaffen, gibt es sowohl auf Seiten des Staates wie auf Seiten des Bürgers.

Als Beispiel für solche Rechte auf Seiten des Staates mag der die ganze Verwaltung beherrschende Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gelten, wonach jede nachteilige Verwaltungsverfügung eine gesetzliche Grundlage haben muß. Liegen im Einzelfall die Voraussetzungen eines gesetzlichen Tatbestandes vor, so hat der Staat die Berechtigung, die gesetzlich feststehenden oder von seinem pflichtgemäßen Ermessen abhängigen Verpflichtungen einseitig durch Befehl dem Staatsbürger aufzuerlegen. Diese rechtliche Befugnis des Staates, verpflichtend

---

399) So Eyermann-Fröler, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 93; Hufnagel, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 135; so wohl auch OVG. Lüneburg vom 28. 6. 51 (DVBl. 51 S. 609); etwas vorsichtiger OVG. Berlin vom 16. 7. 52 DÖV. 53 S. 152.

400) Vgl. insbesondere Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910 S. 104 ff.

401) Die Verwaltungsverfügung selbst ist kein Rechtsverhältnis, sie kann nur möglicherweise ein solches begründen, ändern oder aufheben. (OVG. Münster vom 13. 5. 53 DÖV. 54 S. 250; v. Turegg Generalkl. S. 19 Anm. 35.)

402) W. Jellinek (Verw.Recht S. 49) hat das einer Verwaltungsverfügung vorangehende Rechtsverhältnis „ursprünglich Rechtsverhältnis" genannt und Schoen (DÖV. 51 S. 398) bezeichnet ein Rechtsverhältnis, das möglicherweise eine Verw.Verf. zur Folge haben kann, „als allgemeines Rechtsverhältnis".

403) Menger, System, Seite 235.

und gestaltend in den Lebensbereich des Bürgers einzugreifen, ist ein persönliches öffentliches Recht des Staates. Dieses staaliche Eingriffsrecht muß wiederum seine Grundlage in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger haben, das nicht erst durch den Erlaß der betreffenden Maßnahme entsteht, denn diese staatliche Berechtigung ist ja gerade Voraussetzung des Eingriffs und muß denkgesetzlich daher bereits vorher bestehen. Entsprechendes gilt für die öffentlich-rechtlichen Pflichten des Staatsbürgers, die sich andererseits als Berechtigung des Staates erweisen. Knüpft der Gesetzgeber an einen öffentlich-rechtlichen Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge — etwa die Festsetzung der Straßenreinigungspflicht für alle Hauseigentümer in einer Gemeindesatzung, die auf Grund einer Ortsbausatzung angesonnene Verpflichtung, die Anlage einer Straße auf seinem Grundstück zu dulden[404]) oder die Anzeigepflicht bei gemeingefährlichen Krankheiten — so entsteht für den Betroffenen eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung (deren Nichtbefolgung u. U. Strafen nach sich ziehen kann) als Inhalt eines mit der Feststellungsklage feststellbaren Rechtsverhältnisses unmittelbar in dem Augenblick, in dem für den Betroffenen die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen eingetreten sind[405]). Hierzu bedarf es nicht erst noch des Ergehens einer entsprechenden Verwaltungsverfügung. Ihr Erlaß mag zwar die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger in besonders eindringlicher Weise insofern verdichten, daß nunmehr ein verpflichtender Einzelbefehl an den Bürger gerichtet wird. Das öffentliche Rechtsverhältnis kann aber durchaus vorher bestehen und die erlassene Verwaltungsverfügung ist nur der Ausfluß eines bereits vorher bestehenden Rechtsverhältnisses[406].)

Als Beispiel für Rechtssätze auf Seiten des Bürgers, welche unmittelbar öffentlich-rechtliche Beziehungen begründen können, mögen uns die in den Verfassungen verankerten Freiheitsrechte dienen. Nach ihrer Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz und in den Länderverfassungen als echte Grundrechte besteht nunmehr kein Zweifel, daß sie als persönliche öffentliche Rechte des Bürgers den Staat unmittelbar binden. Diese Grundrechte können somit Rechtsverhältnisse begründen, die unmittelbar auf Rechtssätzen der Verfassung beruhen, ohne daß es hierzu erst der Zwischenschaltung einer Verwaltungsverfügung bedürfte.

Als zweites Beispiel für solche Rechte auf Seiten des Bürgers zeigt besonders anschaulich die nunmehr in allen Verwaltungsgerichtsordnungen einhellig vorgesehene Vornahmeklage, daß ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis nicht ausschließlich nur durch Erlaß einer Verwaltungsverfügung begründet werden kann. Diese Klage setzt nämlich ein

---

404) Vgl. LVG. Hannover vom 9. 8. 51, DVBl. 52 S. 382.
405) Vgl. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 180.
406) Vgl. OVG. Lüneburg vom 18. 4. 52 DÖV. 53 S. 92 Nr. 61.

persönlich-öffentliches Recht des Klägers auf Vornahme der beantragten Amtshandlung voraus und dieser Anspruch des Bürgers muß seinerseits wieder ein öffentliches Rechtsverhältnis zur Voraussetzung haben, das aus der gesetzlichen Ueber- und Unterordnung unmittelbar entstanden ist. Die vorzunehmende Verwaltungsverfügung wird hier erst angestrebt und kann folglich keinen Einfluß auf die bereits vor ihrem Erlaß bestehenden öffentlich-rechtlichen Beziehungen haben. Ein solches persönliches öffentliches Recht des Bürgers auf Vornahme einer Amtshandlung bei Vorliegen eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes ist nur aus einem öffentlichen Rechtsverhältnis herzuleiten, das unmittelbar auf einem Rechtssatz beruht.

Diese Beispiele sollen zur Widerlegung der Auffassung genügen, ein öffentliches Rechtsverhältnis könne in jedem Fall ausnahmslos erst durch den Erlaß einer Verwaltungsverfügung begründet werden.Nur eine solche Auffassung entspricht der Forderung nach lückenlosem Rechtsschutz, der auch die Feststellungsklage zu dienen hat[407]). Jedoch ist mit dieser Feststellung noch nichts darüber ausgesagt, welchen Inhalt nun tatsächlich ein mit der Feststellungsklage feststellbares Rechtsverhältnis hat.

bbb) Inhalt dieses öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses?

Dieser Feststellung ist zwar zu entnehmen, daß die Feststellungsklage an sich auch grundsätzlich zur Abwehr drohender Amtshandlungen geeignet sein könnte, da ein öffentliches Rechtsverhältnis bereits vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung bestehen kann. Aus ihr ist jedoch noch nichts darüber abzuleiten, wie nun der Begriff des öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses tatsächlich umrissen werden soll. Da jedoch die Entscheidung der Frage, in welchem Umfang die Feststellungsklage einem vorbeugenden Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen dienen kann, davon abhängt, welchen Inhalt man diesem Begriff des öffentlichen Rechtsverhältnisses gibt, seien hierzu noch einige allgemeine Bemerkungen erlaubt.

Die auf W. Jellinek[408]) zurückgehende Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichem Rechtsverhältnis, das mittels Feststellungsklage festgestellt werden kann, und bloßem Rechtszustand, der nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, hat auch heute noch Gültigkeit. So hat Naumann seinen Vorschlag auf dem 38. deutschen Juristentag in Frankfurt (1951), gesetzlich zu bestimmen, daß nicht nur auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, sondern auch einer bestimmten Rechtslage

---

407) Vgl. auch die Beispiele bei W. Jellinek (Verwaltungsrecht S. 191 ff.) und Naumann (Verh. des 38. dt. Juristentages, Abt. D. S. 32 ff.,

408) Verwaltungsrecht Seite 191.

geklagt werden könne[409]), inzwischen wieder aufgegeben[410]). W. Jellinek bestimmte nun den Begriff des Rechtsverhältnisses dahin, daß „ein Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht schon dann gegeben sei, wenn zwischen Staat und Einzelnem Beziehungen bestehen, kraft deren auch nur nach Meinung der Staatsbehörde ein Einschreiten gegen den Einzelnen zulässig ist"[411]). Diese Auffassung verdient zumindest insoweit Zustimmung, als sie unabhängig von dem Erlaß einer Verwaltungsverfügung den Zeitpunkt festlegen will, von dem ab aus dem Rechtszustand ein mit der Feststellungsklage feststellbares Rechtsverhältnis entsteht. Sie ist jedoch insofern irreführend, als nicht die Meinung einer Seite, auch nicht einer Verwaltungsbehörde, den allgemeinen Rechtszustand in ein Rechtsverhältnis umgestalten kann. Nicht die Auffassung der Behörde vermag diese Umwandlung zu bewirken, sondern hierfür kann allein die Betrachtungsweise nach Maßgabe der Rechtsordnung ausschlaggebend sein, und Aufgabe des Richters ist es, den Streit hierüber zu entscheiden[412]).

Ausgangspunkt der Bestimmung des öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses mag auch hier die Feststellungsklage des bürgerlichen Rechtsstreitverfahrens sein. Eine solche ist nur zulässig über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, d. h. einer gegenständlichen, durch den vorgetragenen Sachverhalt gegebenen rechtlich geregelten Beziehung von Personen zueinander oder von einer Person zu einem Gegenstand, auch über einzelne rechtliche Folgen einer solchen Rechtsbeziehung oder auch nur über einem selbständigen Teil eines Rechtsverhältnisses oder über die rechtliche Beschaffenheit eines unstreitig bestehenden Rechtsverhältnisses[413]). Unzulässig ist jedoch eine Feststellungsklage im bürgerlichen Recht über bloße Vorfragen eines Rechtsverhältnisses oder über bloß gedachte Rechtsfragen, z. B. der rechtlichen Eigenschaft einer Person oder eines Gegenstandes. Unzulässig ist ferner eine solche Feststellungsklage insbesondere über reine Tatsachen, z. B. ob der Beklagte am Unfalltag Halter eines Kraftfahrzeuges war[414]) oder über die Unwichtigkeit einer tatsächlichen Behauptung des Beklagten[415]), oder über die tatsächlichen Grundlagen der Berechnung eines Anspruchs[416]), oder über einen einzelnen Erwerbsgrund eines Rechts statt über das Bestehen oder Zustehen eines Rechts[417]).

---

409) Naumann, Verh. des 38. dt. Juristentages, Abt. D Seite 32.

410) Gedächtnisschrift Seite 401 Anm. 43.

411) In VVDSTRL. Bd. 2 Seite 62.

412) Die Zähigkeit, mit der das preußische OVG. (z. B. Bd. 23 S. 401) Feststellungsklagen über die Zulässigkeit gewisser noch nicht erlassener polizeilicher Verfügungen zurückweist, mag mit der — unbwußten — Erwägung zusammenhängen, daß damit die Grenzziehung erschwert würde.

413) Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozesses, 7. Aufl. 1956, S. 388 ff.

414) HRR. 1935, Seite 380.

Dies gilt selbst dann, wenn diese Tatsachen als Merkmale eines Tatbestandes von rechtlicher Erheblichkeit sind[418]). — Daraus ergibt sich, daß weder reine Rechtsfragen noch bloße Tatsachen im bürgerlichen Recht Gegenstand einer Feststellungsklage sein können, sondern daß immer Voraussetzung ist, daß auf Grund dieser Tatsachen oder Rechte eine bestimmte rechtliche Beziehung zu einer anderen Person oder zu einem Sachgut hergestellt wird. Wenn wir diese Gesichtspunkte auf die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage übertragen, so läßt sich auch für diese feststellen, daß eine solche Klage immer dann unzulässig ist, wenn es lediglich um die Feststellung bloß gedachter Rechtsfragen oder bloßer Tatsachen geht, ohne daß sich hieraus bereits das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses, also einer bestimmten rechtlichen Beziehung zwischen dem Staat oder sonstigen Träger öffentlicher Gewalt und einem bestimmten Bürger ergibt. So könnte z. B. nicht lediglich die bloße Tatsache der Baufälligkeit eines Hauses zum Gegenstand einer Festhaltungsklage gemacht werden, um auf diese Weise einer drohenden Abbruchsverfügung vorzubeugen, wie auch ausgeschlossen wäre die bloße Feststellung, daß eine bestimmte Wohnung eine Werkwohnung sei, um drohende Wohnungszuweisungen abzuwehren[419]). Eine Feststellungsklage wäre in diesen Fällen immer erst dann zulässig, wenn auf Grund dieser Tatsachen eine bestimmte rechtliche Beziehung zwischen dem Staat und einem bestimmten Bürger abzuleiten ist.

Der der Staatsgewalt unterliegende Staatsbürger befindet sich zu dem Staat in einer Rechtsstellung, welche die grundsätzliche Möglichkeit zu staatlichen Eingriffen schafft. Entscheidend ist jedoch in diesem Zusammenhang die Frage, wann ein mittels verwaltungsgerichtlicher Feststellungsklage feststellbares Rechtsverhältnis vorliegt. Daß nicht ausschließlich nur der Erlaß einer Verwaltungsverfügung an eine bestimmte Person oder Personenmehrheit ein solches Rechtsverhältnis begründet, ist bereits nachgewiesen. Unrichtig ist auch die Auffassung, für die Entstehung eines feststellbaren Rechtsverhältnisses sei entscheidend, „die ernstliche Absicht eines Hoheitsträgers, in einem bestimmten Einzelfall hoheitlich tätig zu werden“[420]). Ein solches entsteht grundsätzlich auch nicht dadurch, daß sich die Behörde irgendwie mit dem Fall beschäftigt[421]) oder die nachteilige Verwaltungsmaßnahme in einer Form androht, die keine anfechtbare Verfügung enthält. Wohl können diese Um-

415) RG. 85, Seite 441.
416) LZ. 1925, 210 7.
417) Vgl. HRR. 1935, Seite 813.
418) Stein-Jonas-Schönke, ZPO., 18. Aufl. 1953, Bd. I Anm. II, 1 b zu § 256.
419) Vgl. Beispiel Ziffer 9 Seite 14.
420) So ausdrücklich Fenge, DÖV. 56 Seite 393.
421) Hierzu neigt offenbar auch Fenge, DÖV. 56 Seite 393.

stände ein sehr wesentliches Anzeichen dafür sein, daß der Betroffene den gesetzlichen Tatbestand, an welchen das Gesetz die Rechtsfolge knüpft, erfüllt hat und daher bereits ein Rechtsverhältnis besteht. Es mag auch zutreffen, daß es im Einzelfall für die Feststellungsklage am Rechtsschutzbedürfnis fehlt, solange sich die Behörde nicht im weitesten Sinn mit dem Fall befaßt hat. Aber diese Umstände allein können keinesfalls für die Entstehung eines feststellbaren Rechtsverhältnisses ausschlaggebend sein. Entscheidend für das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses, das Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, ist vielmehr, daß infolge des Eintritts des vom Gesetz vorausgesetzten Tatbestandes eine bestimmte Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und einem bestimmten Staatsbürger entsteht. Ein mit der Feststellungsklage feststellbares öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis ist sonach eine durch das Eintreten eines bestimmten Tatbestandes vergegenständlichte, in der Form von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen und Pflichten erscheinende Rechtsbeziehung von Person zu Person bzw. zu einem Sachgut[422].) Diese Erfüllung eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes mag die Verwaltungsbehörde vielfach veranlassen, zwar noch keine Verwaltungsverfügung — wozu sie ihrer Ansicht nach ja auch befugt wäre — zu erlassen, wohl aber eine Warnung, eine Androhung, eine Mahnung oder auch nur eine Kundgabe, sie werde mit den geeignet erscheinenden Mitteln gegen den Bürger vorgehen. Dies ist jedoch nicht unerläßliche Voraussetzung für das Entstehen eines öffentlichen Rechtsverhältnisses, sondern kann allenfalls das Bestehen eines solchen anzeigen. Aber selbst wenn die behördlichen Erwägungen zu einem Vorgehen völlig in ihrem Bereich bleiben, so kann bei Vorliegen der obigen Voraussetzungen eines Rechtsverhältnisses bereits eine Feststellungsklage über die Unrechtmäßigkeit der beabsichtigten Maßnahme zulässig sein. Es wird wiederum lediglich eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses sein, ob der Bürger bereits jetzt, ehe sich die Behörde irgendwie mit dem Fall befaßt hat, das Rechtsverhältnis gerichtlich feststellen lassen kann. Ein Rechtsschutzbedürfnis mag unter Umständen vielfach auch dann zu verneinen sein, wenn der Erlaß einer Verwaltungsverfügung droht, weil diese in Kürze zu erwarten ist und Einspruch bzw. Beschwerde und Anfechtungsklage mit ihrer aufschiebenden Wirkung in Verbindung mit der Möglichkeit der Aussetzung der sofortigen Vollziehung den Unterlassungsanspruch des Bürgers wirksam genug schützen können. Ein Rechtsschutzbedürfnis wird jedoch dann zu bejahen sein, wenn die Behörde ihre Maßnahme erkennbar hinaus schiebt

---

[422]) Vgl. Menger, System, Seite 235. So ist auch das Staatsangehörigkeitsverhältnis ein Rechtsverhältnis, weil ein bestimmter vom Gesetz vorgeschriebener Tatbestand erfüllt ist.

und der Betroffene dadurch in Ungewißheit versetzt wird[423]. Für die Frage, ob ein mittels verwaltungsgerichtlicher Feststellungsklage feststellbares Rechtsverhältnis vorliegt, kann diesen Umständen jedoch deshalb keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden, weil hierfür allein das Vorliegen eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes ausschlaggebend ist. Dieses Erfordernis eines betimmten gegenständlichen Tatbestandes als Voraussetzung eines Rechtsverhältnisses, das Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, muß sorgfältig geprüft werden. Hierbei entsteht die Gefahr, daß nicht nur im Geltungsbereich der VGG. die erforderliche Grenzziehung zwischen Feststellungsklage und selbständiger Rechtssatzüberprüfung nach § 25 VGG. verwischt, sondern auch — insoweit ist der Einwand von Redding[424]) berechtigt — über die Vorschriften der Feststellungsklage im Ergebnis die im Geltungsbereich der andern Verwaltungsgerichtsgesetze unzulässige Rechtssatzüberprüfung eingeführt wird.

Sonach können an sich auch von der Frage des Rechtsverhältnisses her gesehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zur Abwehr drohender Amtshandlungen erhoben werden. Daß trotzdem die Verwaltungsgerichte immer noch fast durchweg die Möglichkeit einer Feststellungsklage gegen drohende Amtshandlungen mit dem Hinweis auf das Fehlen eines Rechtsverhältnisses verneinen[425]), hängt einmal mit der Verkennung des Zustandes zusammen, der einer Verwaltungsverfügung vorausgeht. Zum andern beruht es wohl mit auf einer Vernachlässigung des staatsbürgerlichen Rechts auf Unterlassung rechtswidriger Eingriffe. Schließlich ist auch teilweise der Grund darin zu suchen, daß es herkömmlicherweise als beschränkte Aufgabe der Verwaltungsgerichte empfunden wird, nur rein aufhebend und beseitigend gegenüber bereits erlassenen Verwaltungsverfügungen tätig zu werden.

Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage wäre nach alledem g r u n d s ä t z l i c h geeignet, einem vorbeugenden Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen zu dienen, da festgestellt werden könnte, ob das Rechtsverhältnis, aus Anlaß dessen die Behörde eine nachteilige Maßnahme erlassen will, besteht oder nicht besteht oder doch die behördliche Maßnahme nicht rechtfertigt. Es wird jeweils eine Frage des Einzelfalls sein, ob bereits ein öffentliches Rechtsverhältnis, das Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, gegeben ist. Die Voraussetzung

---

423) So z. B. in dem vom OVG. Hamburg (DV. 50 S. 644) entschiedenen Fall.

424) In DÖV. 56 S. 388 ff. (S. 391). So auch OVG. Hamburg v. 27. 9. 51 DVBl. 52, S. 86.

425) So ausdrücklich OVG. Rh. Pf., AS. Bd. 1 S. 350. Das OVG. hat jedoch das Unbefriedigende dieses Ergebnisses erkannt und auf dem Weg über einen Unterlassungsanspruch eine Feststellungsklage zugelassen, die sich auf das Nichtbestehen des vom Staat in Anspruch genommenen Rechts erstreckte.

eines solchen Rechtsverhältnisses, nämlich das Vorliegen eines bestimmten fest umrissenen Tatbestand in Beziehung auf eine bestimmte Einzelperson oder Personenmehrheit, die aus Gründen der klaren Grenzziehung eng ausgelegt werden muß, schränkt jedoch den Umfang, in welchem die Feststellungsklage der Abwehr drohender Amtshandlungen dienen kann, wieder erheblich ein.

cc) Sonstige Bedenken gegen die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zwecks Abwehr drohender Amtshandlungen.

So ist bereits der Umfang der Feststellungsklage als Mittel eines vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes durch das Erfordernis eines fest umrissenen Rechtsverhältnisses im obigen Sinn entscheidend begrenzt.

aaa) Grundsätzliche Unzulässigkeit der Feststellungsklage bei Möglichkeit einer Leistungsklage.

Da in den Fällen unseres vorbeugenden Rechtsschutzes wegen Fehlens einer erlassenen Verwaltungsverfügung eine Anfechtungsklage unzulässig ist, könnte zwar unserer vorbeugenden Feststellungsklage nicht entgegenstehen, daß diese dann ausgeschlosen ist, wenn eine Anfechtungsklage erhoben werden kann.

Auch ein weiterer Einwand gegen die Feststellungsklage als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes ist unbeachtlich.

In Anlehnung an die zur bürgerlich-rechtlichen Feststellungsklage entwickelten Grundsätze wird auch für die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage verlangt werden müssen, daß nicht unmittelbar auf Leistung — hier auf Unterlassung — geklagt werden kann. An dieser Stelle bedarf es jedoch aus folgenden Gründen noch keiner endgültigen Klärung, ob nach den geltenden Verwaltungsgerichtsgesetzen eine solche unmittelbare Klage auf Unterlassung einer Amtshandlung zulässig ist. Auch im bürgerlichen Recht sind nämlich anerkanntermaßen Feststellungsklagen zulässig, obwohl auf Leistung geklagt werden könnte, wenn anzunehmen ist, daß der Beklagte auch auf Grund eines Feststellungsurteils leistet, was vor allem dann zu bejahen ist, wenn Beklagter der Staat ist[426]). Dieselben Grundsätze gelten in besonderem Maße für die ausnahmslos gegen den Staat oder sonstigen Träger hoheitlicher Gewalt gerichtete Feststellungsklage zur Abwehr drohender Amtshandlungen. Es ist nämlich zu bedenken, daß der Staat allein schon auf

---

426) So RGZ. 92 S. 378; Bd. 129 S. 129 S. 34; Bd. 134 S. 163 und S. 294.

Grund eines Feststellungsurteils eine entsprechende beabsichtigte Verwaltungsmaßnahme unterläßt[427]).

Auch dieser Gesichtspunkt würde somit einer Feststellungsklage gegen drohende Amtshandlungen nicht entgegenstehen.

bbb) Bedenken aus der Rechtskraft fehlerhafter Entscheidungen.

Auch der Einwand der sachlichen Rechtskraft einer unrichtigen Entscheidung, womit zu Unrecht auch teilweise die Ablehnung einer vorbeugenden Unterlassungsklage begründet wird, wäre bei unserer vorbeugenden Feststellungsklage ebenfalls nicht von entscheidender Bedeutung. Diese Feststellungsklage zur Abwehr drohender Amtshandlungen könnten auch nicht die Bedenken treffen, die bei der — unzulässigen — Feststellung zukünftiger Rechtsverhältnisse durchaus ihre Berechtigung haben. Bei unserer vorbeugenden Feststellungsklage handelt es sich ja im Gegensatz zu der Feststellung künftiger Rechtsverhältnisse um ein ganz bestimmtes gegenwärtiges Rechtsverhältnis mit bestimmten tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen. Das auf eine vorbeugende Feststellungsklage in unserem Sinn ergehende Urteil besagt infolgedessen wie jedes gewöhnliche Feststellungsurteil nur, daß unter den zur Zeit der Urteilsfällung vorhandenen rechtlich erfaßbaren Gegebenheiten ein bestimmt geartetes Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht, woraus sich dann mittelbar ergeben kann, ob der beabsichtigte Eingriff der Verwaltung gerechtfertigt ist oder nicht. Ist dieses „vorbeugende" Feststellungsurteil unrichtig, so ist die Lage der Verwaltungsbehörde nicht ungünstiger als bei jedem anderen Feststellungsurteil. Denn da die Rechtskraft auch unseres vorbeugenden Feststellungsurteils auf den bestimmten Einzelfall beschränkt bleibt, der zur Zeit der drohenden Amtshandlung besteht, so kann auch eine etwaige unrichtige Entscheidung keine andere Nachteile haben als das gewöhnliche Feststellungsurteil, die aus Gründen der Rechtssicherheit in Kauf genommen werden müssen.

ccc) Erlaß der drohenden Amtshandlung mit Sicherheit ausgeschlossen?

Aber selbst wenn im Einzelfall die Voraussetzungen eines öffentlichen Rechtsverhältnisses zu bejahen sind und daher eine Feststel-

---

[427]) Mit dieser Feststellung soll noch keinesfalls vorweggenommen werden, ob die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage nun tatsächlich zur Gewährung eines umfassenden und wirksamen vorbeugenden Rechtsschutzes geeignet ist. Es soll vielmehr hiermit nur zum Ausdruck gebracht werden, daß das Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage hier ähnlich wie im bürgerlichen Recht bejaht werden kann, obwohl — wie noch zu zeigen sein wird — auf Leistung geklagt werden könnte.

lungsklage zulässig ist, ergeben sich erhebliche Bedenken gegen ihre Eignung als wirksames Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes aus der Ueberlegung, ob ein rechtskräftiges Feststellungsurteil diese bestimmte drohende Amtshandlung gegenüber dem Kläger für die Zukunft auch mit Sicherheit ausschließt.

Die Feststellungsklage — auch die vorbeugende — ist eine rein verfahrensrechtliche Einrichtung. Sie setzt weder einen sachlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch des Bürgers voraus[428]), noch verleiht sie ihm einen solchen, sondern will nur für einen etwa bestehenden Anspruch eine besondere Art des Rechtsschutzes eröffnen. Umgekehrt ergibt sich jedoch aus diesen Feststellungen, daß die Feststellungsklage auch keine verneinende Gestaltung wie die Anfechtungsklage und auch keine Verurteilung zu einer Leistung wie die Vornahmeklage erstreben kann. Während das in Anfechtungssachen ergehende Urteil entweder (verneinend) gestaltend — Anfechtungsurteil — oder (bejahend) gebietend — Vornahmeurteil — ist, enthält ein Feststellungsurteil — auch das unserer vorbeugenden Feststellungsklage — lediglich die der Rechtskraft fähige Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten öffentlichen Rechtsverhältnisses. Da mit der vorbeugenden Feststellungsklage nur über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisse, nicht aber über einen sachlich-rechtlichen Anspruch des Klägers auf Unterlassung künftiger Amtshandlungen entschieden wird, kann bei einem vorbeugenden Feststellungsurteil wegen seiner rein gedanklichen Rechtskraftwirkung[429]) — ohne Getaltungs- oder Verpflichtungswirkung — der Ausschluß der drohenden Maßnahme niemals unmittelbar aus der Rechtskraft entnommen werden, mag auch diesem Rechtsverhältnis ein solcher Unterlassungsanspruch zugrundeliegen. Unter Berufung auf die Rechtskraft des Urteils einer vorbeugenden Feststellungsklage, welche den Erlaß einer drohenden Amtshandlung verhüten soll, könnte daher deren tatsächliches Ergehen unmittelbar in keinem Fall verhindert werden. Die Verwaltungsbehörde könnte vielmehr trotz Vorliegens eines dahingehenden Feststellungsurteils die betreffende Amtshandlung, zu deren Abwehr die Feststellungsklage ja gerade erhoben wurde, trotzdem erlassen. Ein solches Vorgehen der Behörde bräuchte nicht unbedingt auf böser Absicht beruhen, sondern es könnte auch auf Unklarheiten in der Auslegung zurückzuführen sein, ob das rechtskräftig festgestellte Bestehen oder Nichtbestehen eines öffentlichen Rechtsverhältnisses nun gerade den Erlaß dieser Amtshandlung rechtfertigt oder nicht. Zwar wird sich die Antwort auf die zweifelhafte und strittige Frage, ob die Verwaltungsbehörde gegen den Feststellungskläger eine bestimmte Maß-

---

428) Menger, System, Seite 233; Kinger, MRVO., Seite 345.

429) Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 372; Nickisch, Zivilprozeßrecht, Seite 150.

nahme erlassen darf oder nicht, vielfach mittelbar aus dem Feststellungsurteil mit ergeben und die Behörde wird die in den Gründen des Urteils enthaltenen Feststellungen — die jedoch nicht in Rechtskraft erwachsen — bei ihrem zukünftigen Verhalten in etwa berücksichtigen. Wird z. B. festgestellt, daß der Kläger Beamter zur Wiederverwendung ist, so werden wohl Maßnahmen verhindert, welche den Kläger von der Unterbringung nach dem Gesetz zu Art. 131 GG. ausschließen. Die verwaltungsgerichtliche Feststellung, daß ein bestimmter Gewerbebetrieb nicht nach § 16 Gewerbeordnung erlaubnispflichtig ist, beugt entgegengesetzten Maßnahmen der Gewerbehörde zur Untersagung oder Stilllegung des Betriebs vor. Wird festgestellt, daß Polizeischutz für bestimmte Geldbeförderungen der Post nicht gebührenpflichtig ist, so wird die Polizeibehörde keine Gebührenrechnungen übersenden. Durch die Feststellung, daß die vom Kläger unterhaltenen Rechtsberatungsstellen vom Gesetz zur Verhütung von Mißständen auf dem Gebiet der Rechtsberatung vom 13. 12. 1955 nicht berührt werden, weil der Kläger diese als Körperschaft des öffentlichen Rechts im Rahmen seiner Zuständigkeit ausübt, werden Unterlassungs- oder Geldbußenverfügungen oder Strafanzeigen wohl ausgeschlossen. Erreicht eine Krankenschwester die Feststellung, daß sie zur Verabfolgung von Kurzwellenbestrahlungen auf ärztliche Bescheinigung berechtigt ist, werden Maßnahmen der Gesundheitsbehörde auf Einhaltung polizeilicher Verbotsverfügungen oder Strafanzeigen wegen angeblich unberechtigter Ausübung der Heilkunde unterbleiben[430]). Die Feststellung der deutschen Staatsangehörigkeit schließt nach Art. 16 Abs. 2 GG. die Auslieferung an einen fremden Staat aus.

So hat uns die Tatsache, daß Feststellungsklagen unter Umständen schon vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung zulässig sein können und sich wenigstens mittelbar aus einem rechtskräftigen Feststellungsurteil ergeben kann, daß die drohende Amtshandlung unterbleibt, gezeigt, daß die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage einem vorbeugenden Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen zumindest in gewissem Umfang dienen kann. Andererseits wird jedoch diese Feststellung dadurch wieder erheblich eingeschränkt, daß auch eine vorbeugende Feststellungsklage stets ein bestimmtes fest umrissenes Rechtsverhältnis voraussetzt und sich unmittelbar aus der Rechtskraft des Urteils die Unterlassung der drohenden Maßnahme nicht ergeben kann. — Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage ist nach alledem zwar von den bisher erörterten verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzmitteln am ehesten geeignet, einen vorbeugenden Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu gewähren. Jedoch spricht ihre

---

430) Vgl. OVG. Hamburg in DVBl. 50 Seite 644.

Ausgestaltung dagegen, daß sie dieser Aufgabe eines vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in allen Fällen umfassend und wirksam zu dienen vermag.

Der gerade Weg zur Unterlassung drohender Amtshandlungen wäre vielmehr eine Unterlassungsklage. Wir sind daher — trotz der in gewissem Umfang für einen vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit geeigneten Feststellungsklage — nicht der Prüfung enthoben, ob eine solche Unterlassungsklage etwa als Parteistreitigkeit zulässig ist und zu befriedigeren Ergebnissen führt.

2) Parteistreitigkeiten.

Es erhebt sich somit die Frage, ob eine Klage auf Unterlassung einer Amtshandlung — einer Verwaltungsverfügung im herkömmlichen Sinne sowohl als auch eines sonstigen Verwaltungshandelns — als sonstige oder andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts erhoben werden kann.

a) Parteistreitigkeiten und sonstige oder andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts.

Die neuen Verwaltungsgerichtsgesetze unterscheiden zwischen Anfechtungssachen im weiten Sinne und sonstigen oder anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts[431]). Das VGG. und das rh. pf. VGG. enthält nun im Gegensatz zu den anderen Verwaltungsgerichtsordnungen in Klammern den Zusatz „Parteistreitigkeiten". Hieraus läßt sich jedoch nach unserer Auffassung kein sachlicher Unterschied zwischen den sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts im Geltungsbereich des VGG. und des rh. pf. VGG. einerseits und der übrigen Verwaltungsgerichtsgesetze andererseits herleiten[432]). Sämtliche Verwaltungsgerichtsordnungen der Länder folgen nämlich — abgesehen von der selbständigen Rechtssatzüberprüfung nach § 25 VGG. — insofern gleichen Grundsätzen, als sie zwischen Anfechtungssachen und sonstigen oder anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts unterscheiden[433]). Wohl schafft der Gesetzeswortlaut der MRVO. Nr. 165 und des berl. VGG. keine restlose Klarheit, da sie die Vornahmeklage selbständig neben die Anfechtungsklage stellen. Die Vornahmeklagen sind jedoch nach überwiegender Ansicht auch im Geltungsbereich dieser beiden Gesetze — abgesehen von ihrer räumlich nahen Regelung zur Anfechtungsklage — ihrem Wesen nach von der

---

431) Vgl. § 22 I MRVO., § 22 I VGG., § 15 I rh. pf. VGG., § 19 I berl. VGG. Das insoweit bruchstückartige und jedenfalls vorläufige BVerwGG. erwähnt die sonstigen Streitigkeiten nicht.

432) Zustimmend für den Geltungsbereich der MRVO.: Schoen in DÖV. 57 S. 137 ff. und Backsmann in DÖV. 56 Seite 269.

433) Am klarsten hat die Einteilung der verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten Menger (System, Seite 217 ff. und S. 220 ff.) herausgearbeitet.

Anfechtungsklage nicht unterschieden[434]). Beides sind sog. „nachträgliche Verwaltungsstreitsachen" und das Besondere der Vornahmeklage ist lediglich, daß die Anfechtung gleichsam mit umgekehrten Vorzeichen vonstatten geht. Zwischen den Parteistreitigkeiten des VGG. und des rh. pf. VGG. besteht sonach kein sachlicher Unterschied zu den sonstigen oder anderen Streitigkeiten der übrigen Verwaltungsgerichtsgesetze und diese Gruppe öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten ist daher nicht weiter zu fassen als die Parteistreitigkeiten des VGG. und des rh. pf. VGG.

b) Gleichordnung der Rechtsträger.

Der Haupteinwand, der gegen die Zulässigkeit einer Unterlassungsklage als sonstige Streitigkeit des öffentlichen Rechts erhoben werden könnte, besteht darin, daß diese Streitigkeiten nur zwischen „gleichgeordneten Rechtsträgern" möglich sind. (Vgl. § 85 I Satz 1 VGG.) Will sich nämlich der Bürger vorbeugend gegen drohende Amtshandlungen der öffentlichen Gewalt schützen, so stehen sich im allgemeinen Staat und Bürger nicht im Verhältnis der Gleich-, sondern der Ueber- und Unterordnung gegenüber. Verstünde man nun unter dieser „Gleichordnung", daß sich Staat und Bürger im Sinne der Gleichordnung wie Rechtsträger im bürgerlichen Recht gegenüberstehen müssen, so wäre allerdings unser Versuch, die vorbeugende Unterlassungsklage als sonstige Streitigkeit des öffentlichen Rechts zuzulassen, von vornherein zum Scheitern verurteilt. Es bedarf somit zunächst einer Klärung des Begriffs der „Gleichordnung der Rechtssträger" bei den Parteistreitigkeiten.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, für das Vorliegen einer Parteistreitigkeit sei allein ausschlaggebend, „daß dem im Streit befangenen Rechtsverhältnis das Unterscheidungsmerkmal der Ueber- und Unterordnung fehlt[435]). Zum Teil wird die Anwendung des Art. 19 IV GG. bei Parteistreitigkeiten deshalb abgelehnt, weil aus dem Begriff der „öffentlichen Gewalt" sich ergebe, daß diese Grundrechtsbestimmung nur bei Unterordnungsverhältnissen, nicht aber bei Parteistreitigkeiten Geltung beanspruchen könne, da diese Streitigkeiten zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern zum Gegenstand hätten[436]). Bei diesen An-

434) Vgl. Menger, System, Seite 193 und S. 218/219. Zur Abgrenzung der Vornahmeklage zu den anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts vgl. auch Mätzel, DÖV. 55 S. 397. Abzulehnen v. Krosigk (DÖV. 56 S. 691) und Klinger (MRVO. S. 195), welche die Vornahmeklage zu den sonstigen Streitigkeiten rechnen, und Engelhard (NJW. 56 S. 1377), der Anfechtungs- und Vornahmeklage für wesensverschieden hält.

435) So ausdrücklich Eyermann-Fröhler, VGG. Seite 263.

436) So Maunz-Dürig, Grundgesetz, Anm. III 2 c zu Art. 19 IV S. 13; Wernicke, Bonner Kommentar Anm. II 4 d zu Art. 19 S. 13; Schunk-De Clerck, rh. pf. VGG. S. 73; Giese, Verwaltungsrecht, S. 122. So offenbar auch Bachof, Klage S. 14; SJZ. 50 Sp. 165; ZZP. 65 S. 8; Friesenhahn, DV. 49 S. 482; Maunz,, Staatsrecht, 7. Aufl. S. 111. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz (1957) S. 573, möchte dies aus der Voraussetzung des „Verletztseins" herleiten.

sichten bleibt jedoch offen, ob sie die Parteistreitigkeiten des VGG. und des rh. pf. VGG. und die sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts der übrigen Verwaltungsgerichtsgesetze sachlich gleichsetzen oder ob sie den Begriff der Parteistreitigkeiten etwa enger umgrenzen wollen, mit der Folge, daß ihre obigen Auffassungen nur für diesen engen Begriff der Parteistreitigkeiten Geltung haben sollen. Im Gegensatz hierzu macht sich neuerdings mehr und mehr die Meinung breit, diese Gleichordnung dürfe nicht sachlich-rechtlich in dem Sinn verstanden werden, daß die Rechtsträger sich auch außergerichtlich gleichgeordnet gegenüberzustehen hätten. Vielmehr sei diese Gleichordnung nur rein verfahrensrechtlicher Art[437]).

Was bedeutet nun tatsächlich diese „Gleichordnung der Rechtsträger"? Die für den Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165 gegebene Begriffsbestimmung des OVG. Münster[438]), unter anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts seien alle Streitigkeiten zu verstehen, die nach den geltenden Gesetzen im Verwaltungsstreitverfahren zu entscheiden seien und nicht die Anfechtung einer Verwaltungsverfügung zum Gegenstand haben, vermag uns wegen ihrer Farblosigkeit bei der Abgrenzung nicht sonderlich zu dienen. Sie stellt wohl klar, daß Anfechtungsklagen niemals unter die anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts fallen, bleibt im übrigen aber in der Verneinung stecken. Auch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts[439]), das aus der Nichterwähnung des Wortes Parteistreitigkeiten in der MRVO. Nr. 165 schließen möchte, daß diese Verordnung eine Gleichstellung der Parteistreitigkeiten und der sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts abgelehnt habe und der Begriff der sonstigen Streitigkeit daher weit zu fassen sei, hilft uns nicht entscheidend weiter. Denn auf die Frage, wie weit dieser zu fassen sei, bleibt das Bundesverwaltungsgericht leider eine Antwort schuldig.

Wir wollen daher bei der Klärung des Begriffs der „Gleichordnung" von der gesetzlichen Regelung ausgehen, wie sie in § 85 I Satz 2 VGG. ihren ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat. Obwohl dies nur für den Geltungsbereich des VGG. geschehen ist, sei trotzdem § 85 I Satz 2 VGG. aus folgenden Gründen als Ausgangspunkt erlaubt. Der Schluß, von dem fehlenden Klammerzusatz „Parteistreitigkeiten" auf einen sachlichen Unterschied zu den andern oder sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts im Geltungsbereich der MRVO. Nr. 165 oder des berl. VGG. zu folgern, erscheint falsch. Sowohl in § 22 MRVO. wie in § 19 berl. VGG. wird sachlich derselbe Gegenstand angesprochen wie in den

---

437) So insbesondere Menger, System, S. 220 ff.; Rehmert, DÖV. 58, S. 252/253; OVG. Berlin vom 26. 6. 52 EOVG. Bd. 1 S. 186.

438) Urteil vom 28. 6. 50, erwähnt von Menger (System, S. 220 Anm. 2) und Rehmert (DÖV. 58 S. 252 Anm. 9).

439) U. vom 25. 5. 54, BVerwGE. Bd. 1 S. 47 = NJW. 54 S. 1501 = DÖV. 55 S. 124.

§§ 22 I VGG bzw. 15 I rh. pf. VGG., nur findet sich in letzteren beiden Gesetzen noch in Klammern die Begriffsbestimmung „Pareitstreitigkeiten". Auch der Begründung des Bundesverwaltungsgerichts[440]), die MRVO. Nr. 165 sei von dem grundsätzlichen Bestreben der Rechtsschutz-ausdehnung ausgegangen, können für eine gegenteilige Ansicht keine entscheidenden Gesichtspunkte entnommen werden. Auch das VGG. und das rh. pf. VGG. sind nämlich unbesritten von diesem Bestreben geleitet[441]) und zudem steht der Beweis aus, daß diese Gesetze einen engeren Rechtsschutz als die MRVO. Nr. 165 gewähren. Viel eher erscheint der Schluß gerechtfertigt, hier sei in allen Verwaltungsgerichtsgesetzen ein sachlich gleiches, einheitliches Rechtsgebiet angesprochen und die begriffsbestimmende Klammer sei in der MRVO. Nr. 165 und im berl. VGG. nur aus sonstigen, keinen sachlichen Unterschied bedeutenden Erwägungen weggelassen worden. Zumindest ist jedoch gerechtfertigt, bei Bestimmung des Begriffs der „Gleichordnung" von § 85 I Satz 2 VGG. auszugehen.

Danach sind Rechtsträger in einer Streitsache dann gleichgeordnet, „wenn weder die Geltendmachung noch die Ablehnung eines Anspruchs durch einen der beiden Rechtsträger eine verbindliche Entscheidung über den Anspruch enthält." Durch diesen gesetzlichen Wortlaut wird die offenbar aus der Wendung „verbindliche" Entscheidung für k e i n e n der beiden Rechtsträger abgeleitete Auffassung, die Rechtsträger müßten sich im sachlich-rechtlichen Verhältnis der Gleichordnung befinden, keinesfalls gestützt. Diese Begriffsbestimmung will vielmehr nur besagen, daß eine vorherige Geltendmachung oder Ablehnung eines Anspruchs durch einen der beiden Rechtsträger in einer Streitsache keine Entscheidung darstellen darf, die für einen der beiden Rechtsträger v e r b i n d l i c h ist. Hierauf liegt nach unserer Auffassung der Schwerpunkt Während nämlich in den Anfechtungssachen im weiten Sinne auf Grund rechtspflegerischer Bearbeitung eines verwaltungsrechtlichen Sachverhalts durch die Verwaltungsbehörde als „Rechtsträger" in aller Regel eine für den andern Rechtsträger — den Bürger — verbindliche Entscheidung bereits ergangen ist oder doch möglicherweise ergangen sein kann, darf bei den sonstigen Streitigkeiten in keinem Falle eine solche vorherige Entscheidung vorliegen, die für einen der Rechtsträger verbindlich ist. Bei den sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts hat das Verwaltungsgericht demnach gerade nicht die Aufgabe, eine zunächst einmal verbindliche Entscheidung auf deren Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung hin zu überprüfen. Bei dieser Gruppe von Streitigkeiten des öffentlichen Rechts sieht sich der Kläger nicht einem nunmehr in die Beklagtenrolle verwiesenen „ersten Rechtszug" gegenübergestellt wie

440) U. vom 25. 5. 54 a.a.O.
441) Siehe hierzu W. Jellinek, DRZ. 48 S. 289 ff.

bei den Anfechtungssachen, sondern hier trifft in jedem Falle ein echtes Gericht die erstmalige verbindliche Entscheidung. Diese Ueberlegungen zeigen uns einmal einen Unterschied zwischen Anfechtungssachen und den sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts auf, dem bislang vielfach wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden ist, nämlich den zwischen „nachträglichen" und „ursprünglichen" Verwaltungsstreitsachen[442]). Der Unterschied zwischen Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten liegt sonach nicht darin, daß ersteren stets und letzteren niemals ein Verhältnis der Ueber- und Unterordnung zu Grunde liegt, sondern in der Zurechnung zu den nachträglichen und zu den ursprünglichen Verwaltungsstreitsachen. Aus dieser Erkenntnis ergibt sich weiter, daß der Begriff der „Gleichordnung" in § 85 I Satz VGG. — und wegen der sachlichen Gleichheit zu den sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts aller Verwaltungsgerichtsgesetze — nur rein verfahrensrechtlich aufgefaßt werden darf[443]). Entscheidend ist somit für die Parteistreitigkeiten nicht, ob sich die beiden Rechtsträger auch außergerichtlich im Verhältnis der Gleichordnung im sachlichen Sinn gegenüberstehen. Maßgebend ist vielmehr ausschließlich, ob sie vor Gericht verfahrensrechtlich insofern gleichgeordnete Rechtsträger sind, als bislang noch keine für einen der Rechtsträger verbindliche Entscheidung ergangen ist, über welche nun eine gerichtliche Nachprüfung und Entscheidung begehrt wird.

Aus der Zuordnung der Parteistreitigkeiten zu den ursprünglichen Verwaltungsstreitsachen ergibt sich außerdem, daß der Wegfall des Vorverfahrens im Verwaltungsweg bei allen sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts[444]) lediglich eine Folge ihres Wesensunterschieds zu den nachträglichen Verwaltungsstreitsachen, nicht aber ein Beweis für diese Andersartigkeit selbst ist[445])

Da bei den anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts somit weder ein Vorverfahren zwingend vorgeschrieben ist, noch die beiden Rechtsträger sich im Verhältnis der sachlich-rechtlichen Gleichordnung gegenüberstehen müssen, bieten die sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts die verfahrensrechtliche Möglichkeit für eine verwaltungs-

---

442) Den Begriff der „ursprünglichen Verwaltungsstreitsachen" hat zum erstenmal Otto Mayer (Dt. Verwaltungsrecht Bd. I 1924 S. 152) geprägt. Vgl. hierzu auch Fleiner, Institutionen, S. 240 ff.; Menger, System, S. 218 und Rehmert, DÖV. 58 S. 253. Auch die Feststellungsklage gehört so gesehen zu den ursprünglichen Verwaltungsstreitsachen, ohne deswegen jedoch eine Parteistreitigkeit zu sein. (Vgl. Seite 91—94.)

443) So Menger, System S. 220; Rehmert, DÖV. 58 S. 252.

444) Menger, System S. 222 folgert dies zu Recht als Umkehrschluß aus § 30 I Satz 1 VGG., § 17 rh. pf. VGG. und § 44 Satz 1 MRVO. Nr. 165.

445) Menger, System, Seite 221.

gerichtliche Klage auf Unterlassung einer Amtshandlung[446]). Vom Wesen dieser Gruppe öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten her gesehen, kann hierbei grundsätzlich kein Unterschied bestehen, ob es sich um eine Klage auf Unterlassung von Verwaltungsverfügungen im herkömmlichen Sinne oder von sog. schlichtem Verwaltungshandeln handelt.

Die Parteistreitigkeiten oder sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts bieten somit die verfahrensrechtliche Möglichkeit für eine vorbeugende Klage auf Unterlassung drohender Amtshandlungen. Da wir diese Frage ausgehend von den Parteistreitigkeiten des VGG. und des rh. pf. VGG. bejaht haben, müßten auch diejenigen Auffassungen, welche die Gleichsetzung von Parteistreitigkeiten im Geltungsbereich des VGG. und des rh. pf. VGG. mit den anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts der übrigen Verwaltungsgerichtsgesetze ablehnen und letzteren Begriff weiter auslegen[447]), zu demselben Ergebnis gelangen.

Da folglich die geltenden Verwaltungsgerichte selbst einen vorbeugenden Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen verfahrensrechtlich in umfassender und wirksamer Weise gewährleisten, ist eine weitere Prüfung hinfällig, ob für einen vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit etwa die ordentlichen Gerichte — entweder hilfsweise nach Art. 19 IV Satz 2 GG, auf Grund der allgemeinen Verweisungsbestimmungen auf die Vorschriften des bürgerlichen Streitverfahrens oder als Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgedankens- oder die Verwaltungsgerichte unmittelbar nach den Bestimmungen der Landesverfassungen — etwa Art. 67 der Landesverfassung für Baden-Württemberg — herangezogen werden müssen. Wohl mag es im Zuge einer gesetzlichen Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit rechtspolitisch ratsam und zweckmäßig sein, der verwaltungsgerichtlichen Unterlassungsklage eine ausdrückliche Regelung zu widmen, wie dies für die ebenfalls zukünftiges Verhalten der Verwaltung erstrebende Vornahmeklage geschehen ist.

---

446) So z. B. Menger, Gedächtnisschrift, S. 357/358; DÖV. 55 S. 587; Arch. ö. R. Bd. 48 S. 175; Bachof Klage S. 32; ebenso Walz (JZ. 52 S. 223) und Bettermann (DVBl. 52 S. 312) in der Besprechung eines Urteils des OLG. Köln vom 19. 11. 51 Rupp DVBl. 58 S. 120; Ringe DVBl. 58 S. 380.

447) So etwa BVerwG., U. vom 25. 5. 54, BVerwGE. Bd. 1 S. 47.

3. Hauptabschnitt

Die vorbeugende Unterlassungsklage und einstweilige Anordnungen zur vorläufigen Sicherung des Unterlassungsanspruchs.

1 Abschnitt:

Der Unterlassungsanspruch und sonstige Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage.

Da die sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts sonach die verfahrensrechtliche Möglichkeit für Unterlassungsklagen zur vorbeugenden Abwehr drohender Amtshandlungen bieten, verbleibt zum Abschluß noch die Prüfung, welche weiteren — insbesondere sachlich-rechtlichen — Voraussetzungen für eine solche vorbeugende Unterlassungsklage nach dem geltenden Recht gefordert werden müssen. Aus der Feststellung, daß solche Unterlassungsklagen verfahrensrechtlich als sonstige Streitigkeiten des öffentlichen Rechts erhoben werden könnten, ergibt sich nämlich allein noch nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Klagen nach dem sachlichen Verwaltungsrecht überhaupt möglich und zulässig sind.

I) Der Unterlassungsanspruch.

Da vielfach die Unzulässigkeit vorbeugender Unterlassungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren mit dem Fehlen eines Rechtsanspruchs auf Unterlassung einer Amtshandlung begründet wird[448]), ist zunächst zu untersuchen, ob für eine Unterlassungsklage überhaupt ein solcher Anspruch vorausgesetzt wird und welchen Inhalt dieser haben muß.

1) Die Vornahmeklage als Ausgangspunkt.

Die vielfach festgestellten Gemeinsamkeiten zwischen Vornahmeklage und Unterlassungsklage, welche beide ein zukünftiges Verhalten des Staates durch richterlichen Ausspruch erzwingen wollen, rechtfertigen es, bei Beantwortung dieser Frage von den für die Vornahmeklage in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen auszugehen.

a) Der Anspruch auf Vornahme einer Amtshandlung.

Mit der Vornahmeklage wird — teils in Verbindung mit der Aufhebung einer Verwaltungsverfügung — ein bejahender richterlicher Ausspruch über die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde zur Vornahme

---

[448]) So etwa unter Hinweis auf einige verwaltungsgerichtliche Entscheidungen: Buri, DÖV. 1957 S. 100 ff. (S. 102).

der beantragten Amtshandlung[449]) begehrt. Hierin zeigt sich die Besonderheit zu der Anfechtungsklage, die sich ausschließlich auf die Aufhebung von Verwaltungsverfügungen beschränkt. Diese Sonderheit setzt jedoch andererseits voraus, daß bei einer Vornahmeklage der Kläger sich nicht allein mit der Behauptung einer rechtswidrigen Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung begnügen darf, sondern daß er auch ein Recht bzw. einen Rechtsanspruch auf die beantragte Vornahme geltend machen muß. Nur bei Vorliegen eines solchen Anspruchs kann ein Tätigwerden der Verwaltungsbehörde verlangt werden. Anfechtungs- und Vornahmeklage unterscheiden sich somit hinsichtlich des Ueberprüfungs- und Entscheidungsanspruchs des Gerichts. Während der Kläger bei der Anfechtungsklage stets nur einen Ueberprüfungsanspruch erhebt, macht er bei der Vornahmeklage entweder ausschließlich oder zumindest zusätzlich noch einen Leistungsanspruch geltend und das zusprechende Vornahmeurteil spricht nicht nur die etwaige Aufhebung der angefochtenen Verfügung, sondern auch die tatsächliche Verpflichtung der Behörde zur Vornahme der beantragten Amtshandlung[450]) aus. Das Verpflichtungsurteil ist somit seinem verfahrensrechtlichen Inhalt nach — mindestens auch — ein Leistungsurteil, da es neben Aufhebung einer ergangenen Verwaltungsverfügung zugleich die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde zur Vornahme der beantragten Amtshandlung ausspricht. Bei der Vornahmeklage ist sonach klagebrechtigt, wer auf die Vornahme der beantragten Amtshandlung ein Recht zu haben behauptet, wobei die Frage, ob ein solches Recht tatsächlich besteht, eine Frage der sachlichen Begründetheit, nicht der Zulässigkeit der Klage darstellt.

b) Inhalt und Umfang dieses Rechts auf Vornahme einer Amtshandlung.

Nach heute wohl überwiegender Auffassung wird nicht mehr verlangt, daß es sich bei diesem Recht auf Vornahme der beantragten Amtshandlung um ein persönliches öffentliches Recht[451]) im herkömmlichen Sinne handeln muß[452]). Nach Inkrafttreten des Bonner Grundge-

449) Nach H. M. ist die Vornahmeklage nur geeignet, den Erlaß einer Verwaltungsverfügung zu erwirken. (Menger, System, S. 193.) Jedoch ist für die Geltendmachung des Anspruchs auf Vornahme solcher Handlungen, deren Ablehnung keine Verwaltungsverfügung darstellt, nicht der Verwaltungsrechtsweg überhaupt, sondern nur das besondere Verfahren der Vornahmeklage verschlossen, sodaß sich unter bestimmten Voraussetzungen der Weg der Parteistreitigkeit eröffnen kann. (Bachof, Klage S. 32.)

450) Der Schwerpunkt liegt jedoch beim Leistungsbegehren und dem Aufhebungsantrag kommt bei der Vornahmeklage eine selbständige Bedeutung nicht zu. (BVerw. vom 17. 12. 54, BVerwGE. Bd. 1 S. 291 — 296 —.)

451) Vgl. zu diesem Begriff Bachof, DRZ. 50 S. 344 und Klage S. 84.

452) Vgl. hierzu Maunz-Dürig, Grundgesetz Anm. V 1 b zu Art. 19 IV S. 23, die darauf hinweisen, daß dies auch bereits früher nicht mehr durchweg der Fall war.

setzes konnte man nun dieser Forderung nach Erweiterung des Kreises der geschützten Rechte auf zweierlei Weise Genüge tun. Einmal kann man an dem geschichtlichen Begriff der persönlichen öffentliche Rechte festhalten und zusätzlich auch die rechtlich geschützten Belange[453]) unter den Begriff der Rechte einordnen. Man kann aber auch weiter den geschichtlichen Begriff des persönlichen öffentlichen Rechts insofern erweitern, daß nunmehr alle nach Art. 19 IV GG. geschützten Rechte als persönliche öffentliche Rechte zu gelten haben[454]). Es sind jedoch persönliche öffentliche Rechte im verfahrensrechtlichen Sinne (Art. 19 Abs. 4 GG.) und im sachlichen Sinn wohl zu unterscheiden. Mit dieser Feststellung ist jedoch noch keine Aussage darüber gemacht, wo nun sachlich die Grenzziehung zwischen den zur Erhebung einer Vornahmeklage ausreichenden Rechten und den nach wie vor diese Klagemöglichkeit ausschließenden sog. bloßen Rückwirkungsrechten stattzufinden hat. Wenn diese Abgrenzung auch weitgehend eine Frage des Einzelfalls ist, so seien hier doch einige grundsätzliche Bemerkungen erlaubt[455]). Da Rechte verletzt sein müssen, genügt die Beeinträchtigung rein wirtschaftlicher Belange allein nicht[456]). Ist das Tun oder Unterlassen in das Ermessen der Behörde gestellt, so besteht grundsätzlich kein Recht auf Vornahme der beantragten Amtshandlung. Umstritten ist dagegen die Frage, ob es ein persönliches öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung, d. h. auf Nachprüfung, ob eine sachgerechte oder unter Einhaltung der gegebenen Verfahrensvorschriften bzw. allgemein anerkannter Verfahrensgrundsätze gefällte Entscheidung vorliegt, gibt. Dies wird in ständigem Maße von Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt[457]). Bühler[458])

---

453) Vgl. zu diesem Begriff Maunz-Dürig a.a.O. Anm. V 2 zu Art. 19 IV mit umfassendem Schrifttumsnachweis.

454) So Bachof, Gedächtnisschrift S. 279; Klage S. 84/85; Forsthoff, Verwaltungsrecht, 6. Aufl. S. 170; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I S. 686; W. Jellinek, Verh. des 38. dt. Juristentages, 1951, Abt. D. S. 11 u. Naumann ebenda S. D 18 ff.; Maunz-Dürig a.a.O. V 1 b zu Art. 19 IV. Dagegen unterscheidet H. J. Wolff (Verwaltungsrecht I S. 196—198) zwischen einem weiteren Begriff der persönlichen öffentlichen Rechte (so wie wir ihn hier verwenden wollen) und einem engeren Begriff (der geschichtlich überkommene Begriff). Menger (System S. 119 und Die Grundrechte, Bd. III/2 S. 749) will den Begriff der persönlichen öffentlichen Rechte nur auf die Fälle beschränken, „daß ein Rechtssatz dem Bürger ein Recht darauf gibt, ein positives Tun vom Staate zu verlangen."

455) Huber (a.a.O. S. 683) weist zu Recht darauf hin, daß es ein vollkommen zuverlässiges Unterscheidungsmerkmal nicht gibt.

456) Vgl. Eyermann-Fröhler, VGG. Anm. 1 b zu § 25.

457) Für die Anerkennung: Giese, JZ. 52 S. 49; Forsthoff, Verwaltungsrecht 7. Aufl. S. 173, W. Jellinek, Verw.Recht 3. Aufl. S. 211; VGH. Hamburg, U. vom 14. 6. 51, DV. Bl. 52 S. 246. Verneinend: Nebinger, Verwaltungsrecht. S. 227.
Vgl. zu dieser Frage auch Maunz-Dürig a.a.O. Anm. V 2 zu Art. 19 IV S. 26 mit weiteren Nachweisen.

458) Das subjektive öffentliche Recht, 1914, S. 161.

hat diesen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung — neben andern Ansprüchen z. B. auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften — als förmliches persönliches öffentliches Recht dem Anspruch auf eine bestimmte Entscheidung der Behörde als dem sachlichen persönlichen öffentlichen Recht gegenübergestellt. Falls man diesen Anspruch anerkennen will, so ist er den persönlichen öffentlichen Rechten im verfahrensrechtlichen Sinne (Art. 19 Abs. 4 GG.) beizurechnen und von den persönlichen öffentlichen Rechten im sachlichen Sinne zu unterscheiden.

Neben diesen verneinenden Grenzziehungen wird die bejahende Abgrenzung zwischen persönlichen öffentlichen Rechten und sog. Rückwirkungsrechten im allgemeinen so gezogen: Rechtssätze, in denen der einzelne nur aus Gründen der Belange der Allgemeinheit begünstigt wird, stellen reine Rückwirkungsrechte dar. Ist jedoch der Rechtssatz — wenn auch nicht ausschließlich — aber daneben auch gegenständlich bestimmbaren Einzelbelangen zu dienen bestimmt, dann hat der Einzelne ein persönliches öffentliches Recht auf Einhaltung dieses Rechtssatzes[459]). In beiden geschilderten Fällen ist zwar die Verwaltungsbehörde zur Einhaltung und Durchführung der Rechtsstätze verpflichtet, was auch den Einzelbelangen tatsächlich zugutekommen kann, ohne daß dem betreffenden Rechtssatz diese Absicht zugrundeliegt. Nur wenn dieser Verpflichtung der Behörde jedoch die Berechtigung eines bestimmten Staatsbürgers gegenübersteht, handelt es sich um ein persönliches öffentliches Recht. Steht jener Verpflichtung aber nur die Allgemeinheit, die Gesamtheit aller Staatsbürger gleichsam als „Berechtigter" gegenüber, so handelt es sich für den Einzelnen lediglich um ein bloßes Rückwirkungsrecht. Soweit im Einzelfall der gesetzliche Wortlaut eine eindeutige Zuordnung tatsächlich begünstigter Einzelbelange zu einer der beiden Gruppen nicht erkennbar zuläßt, ist diejenige Auslegung vorzuziehen, welche dem Bürger ein persönliches öffentliches Recht in unserem Sinn einräumt[460]). Ist diese Einordnung vorgenommen — was immer ein Hauptanliegen der Verwaltungsgerichte bleiben wird — so ist die weitere, bis zum Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes gleich schwierige Frage, ob dem Staatsbürger auch eine Willensmacht zur Geltendmachung dieser Belange verliehen ist, heute durch Art. 19 IV GG. grundsätzlich im bejahenden Sinn beantwortet[461]).

---

459) So Bachof, Gedächtnisschrift S. 296; Klage S. 85; Forsthoff, Verw.Recht I 6. Aufl. S. 169; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I S. 684; Wolff, Verwaltungsrecht I S. 196; BVerwGE. Bd. 3 S. 362; 2 S. 290; Bayr. VGHE. NF. 5 S. 119 ff.

460) Bachof, Gedächtnisschrift, S. 303; Huber, a.a.O. S. 684; BVerwG. in NJW. 56 S. 644—646.

461) Bachhof, Klage, Seite 85.

Bei der Vornahmeklage ist sonach ein solches Recht auf Vornahme der beantragten Amtshandlung nicht nur Voraussetzung, sondern auch grundsätzlich anerkannt, dessen Inhalt als persönliches öffentliches Recht im obigen Sinne bestimmt wird.

2) Die Unterlassungsklage.

Nunmehr wäre zu prüfen, welche sachlich-rechtlichen Voraussetzungen bei Uebernahme dieser für die Vornahmeklage herausgearbeiteten Grundsätze bei einer Klage auf Unterlassung einer Amtshandlung gefordert werden müssen. Auch die vorbeugende Unterlassungsklage begehrt einen verpflichtenden Ausspruch des Gerichts, welcher der Verwaltungsbehörde den Erlaß einer bestimmten drohenden Amtshandlung unmittelbar verbieten soll. Sie ist daher ihrem verfahrensrechtlichen Inhalt nach gleichfalls wie die Vornahmeklage eine Leistungsklage[462]) oder — wie sie neuerdings genannt wird — eine Verurteilungsklage[463]). Das zusprechende Unterlassungsurteil muß daher den Erfüllungsbefehl an die beklagte Verwaltungsbehörde enthalten, der nach herrschender Lehre beim Leistungsurteil hinzukommt[464]). Da Ziel der vorbeugenden Unterlassungsklage stets die Abwehr zukünftiger Eingriffe in Rechte und Rechtsstellungen ist, dient sie ausschließlich der Eingriffsverhütung und nicht der Eingriffsbeseitigung. Es bedarf folglich bei der Unterlassungsklage grundsätzlich keines Aufhebungsantrages, da ja in der Regel noch keine aufzuhende Maßnahme der Verwaltung ergangen ist. Zwar ist es zulässig und auch zweckmäßig, in den Fällen, in denen bereits eine solche Verwaltungsmaßnahme erlassen ist, die keine Verwaltungsverfügung darstellt und gegen die sonach mit der Anfechtungsklage nicht vorgegangen werden kann, den Unterlasungsantrag mit einem Beseitigungsantrag zu verbinden. Hier trifft sich unsere Unterlassungsklage mit der sog. „wiederherstellenden" oder „beseitigenden Unterlassungsklage[465]), mit deren Zulässigkeit und Voraussetzungen wir uns jedoch nach der

---

462) Die im bürgerlichen Recht gebräuchliche Einteilung von Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungsklagen gilt auch für das Verwaltungsstreitverfahren und hat mit der Unterscheidung in Anfechtungssachen und sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts nichts zu tun.

463) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, Zivilprozeßordnung, Anm. II 1 zu § 253; Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 351.

464) Eine Zusammenstellung der widersprechenden Ansichten findet sich bei Stein-Jonas-Schönke, a.a.O. Anm. II, 1,5 zu § 253.

465) Dieser Klageart hat besonders Bettermann (DVBl. 2 S. 312 ff. und DÖV. 55 S. 534) seine Aufmerksamkeit geschenkt, der diese als Schadensersatzklage auffaßt. Nach seiner Ansicht erwächst aus jeder solchen Rechtswirdigkeit wie bei jeder „unerlaubten Handlung" dem Verletzten sowohl ein Beseitigungs- wie ein Unterlassungsanspruch.
Vgl. hierzu auch Rupp DVBl. 58 S. 113 ff. und Ringe DVBl. 58 S. 378 ff.

Fragestellung der Untersuchung nicht zu befassen haben. Da unsere vorbeugende Unterlassungsklage somit ein Leistungsurteil begehrt, ist für sie ebenfalls Voraussetzung, daß der Kläger einen sachlich-rechtlichen Anspruch auf Unterlassung der drohenden Amtshandlung hat oder — für die Zulässigkeit — wenigstens behauptet. Gerade auf einer Vernachlässigung dieses staatsbürgerlichen Rechts auf Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe beruht zum Teil die verhältnismäßig geringe Neigung der Verwaltungsgerichte, bereits vor Erlaß einer Verwaltungsverfügung Recht zu sprechen[466]).

Da wir festgestellt haben, daß grundsätzliche Voraussetzungen der Unterlassungsklage ein solches Recht auf Unterlassung rechtswidriger Eingriffe ist, erhebt sich die weitere Frage, ob ein derartiger Anspruch nach geltendem Recht überhaupt anzuerkennen ist und welchen Inhalt diesem Recht auf Unterlassung beizumessen ist.

a) Recht auf Unterlassung rechtswidriger Eingriffe.

Ein solches Recht des Staatsbürgers auf Unterlassung rechtswidriger Eingriffe wird sich nach geltendem Recht ebensowenig leugnen lassen wie die Pflicht des Staates, gesetzwidrige Maßnahmen zu unterlassen. Zwar kann man die bloße Freiheit von staatlichen Befehlen noch nicht als ein Recht bezeichnen[467]). Es mag auch zutreffen, daß dem Staatsbürger kein allgemeiner Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Gesetzesvollziehung zusteht, ebensowenig wie er auch keinen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch hat[468]). Mit diesen nüchternen Feststellungen kann jedoch das Bestehen eines solchen Unterlassungsanspruchs noch nicht verneint werden. Naumann, der von einem Anspruch des Staatsbürgers auf Freiheit von ungesetzlichem Zwang spricht[469]) möchte diesen Unterlassungsanspruch aus dem rechtsstaatlichen Grundrechtsverhältnis des Staatsbürgers herleiten. Die „klassischen Freiheitsrechte" gegen den Staat überwiegen in dem Grundrechtsteil unserer Verfassung und sie räumen dem Staatsbürger eine Rechtsstellung ein, welche in ihrer Gesamtheit den sogenannten abwehrenden oder verneienden Rechtsstand bilden[470]). Gerade diese Rechtsstellung haben die Gesetzgeber des Art. 19 IV GG. und der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor Augen gehabt, wenn sie als Klagevoraussetzung fordern, daß jemand in seinen Rechten

---

466) Vgl. Naumann, Gedächtnisschrift S. 399.
467) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 200.
468) V. Turegg, Generalklausel, S. 50.
469) Gedächtnisschrift, S. 398/399.
470) Vgl. hierzu G. Jellinek, System des öffentlichen Rechts, VIII. Kapitel; Strupp (HDStR. I S. 274 ff. — 275/277 —) bezeichnet diese Rechtsstellung als „status libertatis".

verletzt worden sei. Bereits Richard Thoma[471]) hat darauf hingewiesen, daß es denkgesetzlich nicht folgerichtig sei, diese Freiheitsrechte einschließlich des ihnen zugrundeliegenden Rechtsanspruchs auf gesetzmäßige Freiheit als „Rechte" anzusehen, wenn man sich auch nicht gleichzeitig bereitfände, jede Rechtsbefugnis als ein persönliches Recht zu bezeichnen. Dieses von der verfassungsmäßigen Lehre vermittelte Bild des staatsfreien Raums des Bürgers ist sicherlich auch heute noch verwertbar[472]).

Es ist auch der Versuch gemacht worden, aus dem Hauptfreiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG. ein solches persönliches öffentliches Recht auf Unterlassung abzuleiten[473]). Nach dieser Auffassung besteht — ohne Rücksicht darauf, ob der Eingriff eine sachlich-rechtliche Berechtigung des Bürgers verletzt — ein persönliches öffentliches Recht schlechthin auf „Freiheit von allen gesetzlich nicht gerechtfertigten Belästigungen und Vorenthaltungen"[474]). Es wird somit ein solches persönliches öffentliches Recht im verfahrensrechtlichen Sinn auf Unterlassung anerkannt, ähnlich wie dies entsprechend für die Vornahmeklage anerkannt ist[475]).

Selbst wenn man jedoch dieser Auffassung folgen wollte, wäre die Frage nach einem Unterlassungsanspruch im sachlichen Sinn noch nicht beantwortet.

b) Inhalt und Umfang dieses Unterlassungsanspruchs.

Man darf nämlich die Bedeutung dieses persönlichen öffentlichen Rechts im förmlichen Sinne auf Unterlassung einer Amtshandlung für unsere vorbeugende Unterlassungsklage nicht überschätzen[476]). Auch Richard Thoma[477]) hat nicht verkannt, daß diese Rechte im förmlichen Sinn ihrem Inhaber an sich noch keinen bestimmten Anspruch gegen einen bestimmten Rechtsträger gewähren.

Dieser Unterlassungsanspruch im förmlichen Sinn würde nämlich nicht ausreichen, um eine bestimmte gerichtliche Entscheidung in einem bestimmten Einzelfall zu erzwingen.Er würde allenfalls einen „Prüfungsanspruch" gegen die zuständige Verwaltungsbehörde überhaupt gewäh-

---

471) In HDStR. II S. 607 ff (619); ähnlich schon Bühler, die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung (1914) S. 61.

472) Vgl. v. Turegg, Generalklausel, S. 49.

473) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Anm. V 2 a bb zu Art. 19 IV S. 26; W. Jellinek, Nachtrag zum Verwaltungsrecht, 1950, S. 17; Richard Thoma, Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 3 S. 9.

474) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Anm. V 2 a bb zu Art. 19 IV S. 26.

475) Vgl. hierzu Bachof, Klage S. 87.

476) v. Turegg, Generalklausel, S. 47, sieht diese Einteilung in förmliche Rechte überhaupt als gescheitert an.

477) In HDStR. II S. 620.

ren[478]). Es erhebt sich daher die Frage, wann solche Unterlassungsansprüche im sachlichen Sinn entstehen. Ausgangspunkt hierfür muß die Grundrechtsbestimmung über den Schutz der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG. sein. Nach der heutigen Auffassung von der Stellung des Staatsbürgers zum Staat befindet sich der Einzelne gegenüber dem Staat in einer verfassungsmäßig geschützten Rechtsstellung, die ihn vor gesetzlich unzulässigen Eingriffen des Staats oder anderen Trägers öffentlicher Gewalt schützt. Solange diese verfassungsmäßig geschützte Rechtsstellung des einzelnen nicht durch staatliche Eingriffe bedroht oder beeinträchtigt ist, besteht noch kein Unterlassungsanspruch im sachlichen Sinn[479]). Ein solcher entsteht jedoch dann, wenn diese geschützte Rechtsstellung des einzelnen durch gesetzlich unzulässige und rechtswidrig Maßnahmen des Staats oder sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt bedroht und beeinträchtigt wird. Nach unserem geltenden Recht sind sonach Unterlassungsansprüche im sachlichen Sinne grundsätzlich gegeben und mittels Unterlassungsklage zu schützen[480]).

Nachdem nachgewiesen ist, daß nach unserer geltenden Rechtsordnung grundsätzlich solche für die Unterlassungsklage zu fordernden Rechte auf Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe anzuerkennen und denkbar sind, ergeben sich auch aus diesem Gesichtspunkt keine Bedenken gegen eine vorbeugende Unterlassungsklage in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Bei der Unterlassungsklage ist somit klageberechtigt, wer auf die Unterlassung der drohenden Amtshandlung ein Recht in obigen Sinn zu haben behauptet, wobei die Frage, ob im Einzelfall ein solches Recht tatsächlich besteht, eine Frage der sachlichen Begründetheit, nicht der Zulässigkeit der Unterlassungsklage darstellt.

II) Sonstige Voraussetzungen der Unterlassungsklage.

Die Prüfung, welche weiteren Voraussetzungen für eine verwaltungsgerichtliche Unterlassungsklage gefordert werden müssen, soll getrennt für die Klage auf Unterlassung drohender Verwaltungsverfügungen und auf Unterlassung drohenden sonstigen Verwaltungshandelns vorgenommen werden.

1) Unterlassungsklage gegen drohende Verwaltungsverfügungen.

Ringe[481]) hält eine Unterlassungsklage gegen drohende Verwaltungsverfügungen im herkömmlichen Sinn überhaupt für unzulässig. Er be-

478) Für das förmliche persönliche öffentliche Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch ist dies allgemein anerkannt. (Vgl. BVerwGE. 2 S. 288.)

479) So auch Ringe DVBl. 58, S 379, und v. Turegg, Generalklausel S. 50.

480) Vgl. v. Turegg, Generalklausel, S. 50; vgl. auch die Zusammenstellung für die Rechte auf Vornahme einer Amtshandlung bei Bachof, Klage, S. 86 ff.

481) In DVBl. 58 S. 380.

gründet seine Ansicht damit, daß der bloße Erlaß einer Verwaltungsverfügung keine ins Gewicht fallende Gefährdung der Rechtsstellung des Staatsbürgers darstelle und daß nach Erlaß der Verfügung genügend Möglichkeiten vorhanden seien, um den Rechtsschutz des Bürgers zu gewährleisten, ohne daß hierfür zur Abwehr künftiger Verwaltungsverfügungen die Dritte Gewalt ins Spiel gebracht werden müsse. Im Gegensatz hierzu halten Naumann[482]) und Rupp[483]) auch eine Unterlassungsklage gegen drohende Verwaltungsverfügungen grundsätzlich für zulässig, wobei jedoch einschränkend Rupp der Meinung ist, daß eine solche Unterlassungsklage in der Regel mangels Rechtsschutzbedürftigkeit unzulässig sein werde.

Nach unserer Auffassung besteht kein sachlicher Unterschied zwischen Klagen auf Unterlassung drohender Verwaltungsverfügungen und solcher auf Unterlassung drohenden sonstigen Verwaltungshandelns. Beide sind grundsätzlich als zulässig zu erachten. Der ablehnenden Ansicht von Ringe ist entgegenzuhalten, daß durchaus auch Fälle denkbar sind, in denen durch den bloßen Erlaß einer Verwaltungsverfügung vollendete Tatsachen geschaffen werden können, welche auch durch die aufschiebende Wirkung der Rechtsmittel und der Aussetzungsbefugnis später schwerlich wieder beseitigt werden können und zu deren Verhütung bereits vor Erlaß jener Verwaltungsverfügung ein echtes Rechtsschutzbedürfnis nach einem Eingreifen der Dritten Gewalt anzuerkennen ist. Wenn auch diese Fälle verhältnismäßig selten sein werden und in aller Regel die nach Erlaß der Verwaltungsverfügung für den Bürger eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten ausreichen, so rechtfertigt dieser Umstand aus Gründen eines umfassenden und wirksamen Rechtsschutzes allein nicht dazu, die Unterlassungsklage zur Abwehr drohender Verwaltungsverfügungen schlechthin für unzulässig zu erklären. Hingegen kann Rupp insofern zugestimmt werden, daß solche Unterlassungsklagen vielfach wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses ausgeschlossen sein werden. Wie jede Klage, so setzt nämlich auch die Unterlassungsklage ein Rechtsschutzbedürfnis voraus, das hier vor allem deshalb fehlen könnte, weil ein einfacherer Weg denselben Rechtsschutz zu gewähren vermag[484]) und der Staat nicht unnötig mit der Entscheidung von Klagen behelligt werden soll[485]). Uebereinstimmend haben nämlich nach allen Verwaltungsgerichtsgesetzen Einspruch, Verwaltungsbeschwerde und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung, jedoch kann die Verwaltungsbehörde aus Gründen

---

[482]) In Gedächtnisschrift, S. 391 ff. (insbesondere S. 404/405).
[483]) In DVBl. 58 S. 113 ff. (S. 119).
[484]) Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 25. Aufl. 1958, Gr. 5 vor § 253 ZPO. Seite 435.
[485]) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 181.

öffentlicher Belange die sofortige Vollziehung der Verwaltungsverfügung anordnen. Die Beschwerdebehörde und nach Erhebung der Anfechtungsklage auch das Verwaltungsgericht können nun wiederum diese sofortige Vollziehung bis zur endgültigen Entscheidung des Rechtsstreits aussetzen[486]). Eine Anfechtungsklage ist aber grundsätzlich erst zulässig nach erfolglosem Einspruchs bzw. Beschwerdeverfahren. Wäre folglich bis zur Erteilung der Einspruchs- bzw. Beschwerdeentscheidung jedes gerichtliche Einschreiten unzulässig, so würde sich allerdings eine bedenkliche Rechtsschutzlücke ergeben, zumal die Verwaltungsbehörden u. U. durch verzögerliche Behandlung des Rechtsmittelbescheids den Zeitpunkt des gerichtlichen Einschreitens hinausschieben und in der Zwischenzeit vollendete Tatsachen schaffen könnten. Um diese Rechtsschutzlücke zu schließen, ist von der Rechtsprechung allgemein anerkannt[487]), daß nur die gerichtliche Entscheidung über die Klage selbst bis zum Vorliegen der Entscheidung der Einspruchs- bzw. Beschwerdebehörde ausgeschlossen, dagegen die förmliche Klageerhebung als Grundlage für die dem Verwaltungsgericht obliegende Beschlußfassung über den Aussetzungsantrag schon vorher zulässig und ausreichend ist. (§ 51 VGG.)

Droht dem Staatsbürger sonach eine seiner Ansicht nach rechtswidrige Verwaltungsverfügung, so werden ihm diese geschilderten gerichtlichen Möglichkeiten nach Erlaß der drohenden Verfügung in aller Regel genügenden und ausreichenden Rechtsschutz bieten. Regelmäßig wird ihm in solchen Fällen auch zuzumuten sein, den Erlaß der Verwaltungsverfügung erst abzuwarten, um dann gegen diese Verfügung mit obigen Rechtsschutzmitteln vorzugehen. Doch sind auch Fälle denkbar, in denen es für den Bürger von erheblicher Bedeutung sein kann, eine klare Entscheidung über die Zulässigkeit dieses Eingriffs bereits vor Erlaß der entsprechenden Verwaltungsverfügung herbeizuführen und ihm mit der späteren gerichtlichen Aussetzung des Vollzugs wenig gedient ist, ganz abgesehen davon, daß ihm diese nachträgliche Rechtsschutzmöglichkeit dann nicht viel nützt, wenn die Verwaltungsbehörde die Verfügung sofort vollzieht und dadurch Verhältnisse schafft, die in absehbarer Zeit in Wirklichkeit — selbst wenn die Behörde dazu verpflichtet wird — schlechthin nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

Somit ist auch eine Unterlassungsklage zur Abwehr drohender Verwaltungsverfügungen grundsätzlich für zulässig zu erachten und es ist weitgehend eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, ob diese im Einzelfall ausgeschlossen ist oder nicht.

---

486) Vgl. hierzu Bachof in NJW. 49 S. 328 und S. 420.

487) So zum ersten mal in dem grundlegenden Urteil des Württ.-Bad. VGH. vom 4. 2. 48 in NJW. 49 S. 840.

2) Unterlassungsklagen zur Abwehr drohenden sonstigen Verwaltungshandelns.

Anders ist jedoch die Rechtslage, falls dem Staatsbürger ein ihn beeinträchtigendes sonstiges schlichtes Verwaltungshandeln droht, das nicht unter den Begriff der Verwaltungsverfügung im herkömmlichen Sinne einzureihen ist. In diesen Fällen kann sich der Staatsbürger nach Erlaß einer solchen Maßnahme weder mit der Anfechtungsklage noch mit den obigen gerichtlichen Möglichkeiten der Aussetzung des Vollzugs zur Wehr setzen. Wohl kann der betroffene Staatsbürger die Aufhebung solcher einmal erlassenen Verwaltungßmaßnahmen mit der anzuerkennenden Beseitigungsklage[488]) unter bestimmten Voraussetzungen erreichen. Bis schließlich jedoch auf eine derartige Klage ein rechtskräftiges Urteil ergeht, können bereits vorgreifende und feststehende Tatsachen in einem derartig nachteiligen Ausmaße geschaffen sein, daß das Beseitigungsurteil für den Betroffenen — wie es auch immer ausfallen mag — lediglich rein gedanklichen Wert besitzt. Da in diesem Bereich eine der aufschiebenden Wirkung der Rechtsmittel im Anfechtungsverfahren gegen Verwaltungsverfügungen ähnelnde oder in seinen Wirkungen gleichkommende Rechtseinrichtung nicht denkbar ist, ein Rechtsschutz ohne Wirksamkeit aber keinen Rechtsschutz im rechtsstaatlichen Sinne darstellt, tritt in diesem Zusammenhang das Bedürfnis nach einer vorbeugenden Unterlassungsklage besonders augenscheinlich zutage[489]). Es gewinnt hier im Lichte des Art. 19 IV GG. und der entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen die Bedeutung einer zwingenden Forderung. Auf diesem Gebiet eröffnet sich der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit ein weites Tätigkeitsfeld, deren Ausgestaltung insbesondere in sachlich-rechtlicher Hinsicht ein Anliegen von Lehre und Rechtsprechung sein sollte.

Als Ergebnis dieser Untersuchung können wir demnach allgemein feststellen, daß — falls der Kläger einen sachlich-rechtlichen Anspruch auf Unterlassung der bestimmten Amtshandlung hat oder für die Zulässigkeit wenigstens zu haben behauptet — sowohl Klagen auf Unterlassung drohender Verwaltungsverfügungen wie auch sonstigen Verwaltungshandelns grundsätzlich zulässig und im Verfahren der sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zu erheben sind. Das Bestehen eines solchen sachlich-rechtlichen Anspruchs auf Unterlassung der drohenden Amtshandlung wird in aller Regel allein noch nicht die Erhebung der vorbeugenden Unterlassungsklage rechtfertigen. Vielmehr wird dieser Anspruch erst bei Rechtsschutzbedürftigkeit klagbar und die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses ist bei vorbeugenden Unterlassungsklagen in besonders sorgfältiger Weise zu prüfen. Ein solches Rechtsschutzbedürf-

---

488) Vgl. Rupp DVBl. 58 S. 113 ff.; Ringe, DVBl. 58 S. 378 ff.

489) Vgl. Rupp a.a.O. S. 119; Ringe a.a.O. S. 380; v. Krosigk, DÖV. 52 S. 696.

nis wird regelmäßig — abgesehen von den Besonderheiten der Klage auf Unterlassung drohender Verwaltungsverfügungen — dann zu bejahen sein, wenn dieser Unterlassungsanspruch gegenständlich und nachhaltig gefährdet ist. Dies wird vor allem durch Inaussichtstellen der drohenden nachteiligen Amtshandlung oder durch sonstige dem Erlaß der betreffenden Maßnahme vorausgehende vorbereitende Handlung der Verwaltungsbehörde angezeigt werden. Jedoch ist dies keineswegs in jedem Fall unerläßlich für das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses. Frage der Begründetheit der Unterlassungsklage ist es dann, festzustellen, ob im Einzelfall tatsächlich ein solcher sachlich-rechtlicher Anspruch auf Unterlassung der betreffenden drohenden Amtshandlung besteht.

2. Abschnitt:

Vorläufige Sicherung des Unterlassungsanspruchs durch einstweilige Anordnungen.

Da nach geltendem Recht im Verwaltungsstreitverfahren einstweilige Anordnungen grundsätzlich zulässig sind und auch ein im Hauptverfahren klagbarer Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Amtshandlungen anzuerkennen ist, bestehen keine Bedenken, zur vorläufigen Sicherung dieses Unterlassungsanspruchs einstweilige Anordnungen auch bei der Unterlassungsklage für zulässig zu erklären. Dies rechtfertigt sich zumal deshalb, weil bei der Unterlassungsklage die gerichtliche Aussetzungsbefugnis der sofortigen Vollziehung ihrem Wesen nach keine Anwendung finden kann. Gerade durch die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen zur Sicherung von Unterlassungsansprüchen wird auch der vorbeugende Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom Grundsatz her in umfassender und wirksamer Weise gewährleistet und dem Gebot des Art. 19 IV GG. entsprochen. Es handelt sich hierbei für die Unterlassungsklage um die notwendige entsprechende Rechtseinrichtung zu der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage, wie es die einstweilige Anordnung bei der Vornahmeklage anerkanntermaßen darstellt[490]). Jedoch kommt der Erlaß einer einstweiligen Anordnung nur in Ausnahmefällen zur Abwendung wesentlicher Nachteile und nach sorgfältiger Abwägung der gegenseitigen Belange in Betracht[491]). Außerdem bleibt in diesem Zusammenhang zu beachten, daß einstweilige Anordnungen auch im Verwaltungsstreitverfahren nach ständiger Rechtsprechung dann unzulässig sind, wenn ihr Erlaß einer vorläufigen Verurteilung in der Hauptsache gleichkommt, da es sich sonst in Wirklichkeit um keine „einstweilige" Entscheidung mehr handelt[492]).

---

490) Vgl. OVG. Münster in DVBl. 58 S. 66 und OVG. Lüneburg vom 28. 1. 59 in NJW. 59 S. 1197.

491) Vgl. Beschluß des OVG. Münster vom 8. 2. 56 DÖV. 56 S. 412; OVG. Lüneburg vom 28. 1. 59, NJW. 59 S. 1197 mit weiterem Schrifttumsnachweis; Buri DÖV. 57. S. 102.

492) So ausdrücklich OVG. Lüneburg, Beschluß vom 28. 1. 59, NJW. 59 S. 1197.

4. Hauptabschnitt.

Vorbeugender Rechtsschutz nach der neuen Verwaltungsgerichtsordnung

(VwGO.) vom 21. Januar 1960[493]).

Die einheitliche Bundesverwaltungsgerichtsordnung, welche der bisherigen Zersplitterung des Verfahrensrechts in Bund und Ländern ein Ende bereitet hat und nicht nur das Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. 9. 1952 (BGBl. I S. 625), sondern auch die Verwaltungsgerichtsordnungen der einzelnen Länder und Westberlins aufgehoben hat (§ 195 Abs. 2 VwGO), ist erst nach Fertigstellung dieser Arbeit verkündet worden. In diesem Anhang soll daher geprüft werden, welche Veränderungen und Verbesserungen verfahrensrechtlicher Art die VwGO. in der Frage des vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gebracht hat. Dabei soll entsprechend der Gliederung des 2. Hauptabschnitts (S. 56—113) vorgegangen werden

1. Abschnitt:

Die selbständige Rechtssatzüberprüfung.

I. Geltungsbereich.

Die selbständige Rechtssatzüberprüfung war bis zum Inkrafttreten der VwGO. nur im Geltungsbereich des VGG. kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (§ 25 VGG.) zulässig. S. 62 ff.) Dem Wunsche, die bewährte Regelung des § 25 VGG. in das neue Recht zu übernehmen, ist Rechnung getragen worden. Für die selbständige Rechtssatzüberprüfung gibt nämlich nunmehr § 47 VwGO. dem Landesgesetzgeber die Ermächtigung, dem Oberverwaltungsgericht bzw. dem Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung über die Gültigkeit einer landesrechtlichen Verordnung oder einer anderen im Range unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschrift zu übertragen, soweit nicht gesetzlich vorgesehen ist, daß die Rechtsvorschrift durch ein Verfassungsgericht nachprüfbar ist. Die nach § 47 VwGO. zulässige Rechtssatzüberprüfung könnte sonach in allen Ländern des Bundes eingeführt werden. Von dieser Möglichkeit hat z. B. das Land Baden-Württemberg durch das Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 22. 3. 1960[494]) in § 5 Gebrauch gemacht, wonach auf Antrag über die Gültigkeit einer im Range unter einem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschrift entschieden wird, soweit nicht

---

[493]) BGBl. I Seite 17.

[494]) Gesetzblatt für Baden-Württemberg, 1960, Seite 94.

gesetzlich vorgesehen ist, daß diese durch das Bundesverfassungsgericht oder den Staatsgerichtshof nachprüfbar ist[495]).

Durch die in § 47 VwGO. geschaffene Ermächtigungsgrundlage kann somit der Geltungsbereich der selbständigen Rechtssatzüberprüfung auf sämtliche Bundesländer ausgedehnt werden und insoweit ist eine Verbesserung des bisherigen Rechtszustandes festzustellen.

II. Umfang der Nachprüfungsmöglichkeit.

Hiergegen hat sich nach der neuen VwGO. der Umfang der Nachprüfungsmöglichkeit bei der selbständigen Rechtssatzüberprüfung nicht erweitert. Insoweit hat also das unter S. 64—67 Gesagte weitere Gültigkeit und die Möglichkeit der selbständigen Rechtssatzüberprüfung vermag keinen befriedigenden und lückenlosen Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen zu gewähren.

2. Abschnitt:

Die einstweilige Anordnung.

I. Allgemeine Zulässigkeit.

Die für das bisherige Recht streitige Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen im Verwaltungsstreitverfahren einstweilige Anordnungen zulässig seien (S. 67 ff.), hat die VwGO. durch die Regelung in § 123 im bejahenden Sinn entschieden und die in dieser Arbeit vertretene Auffassung (S. 74), bestätigt. Die Vorschriften über einstweilige Anordnungen gelten nicht für die Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsbescheides oder die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs. (§ 123 Abs. 5 VwGO.) Bei der Anfechtungsklage können nur Entscheidungen im Rahmen des § 80 Abs. 4 und 5 getroffen werden und hier genügt die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs, so daß es der Rechtseinrichtung der einstweiligen Anordnung nicht mehr bedarf. Dagegen sind einstweilige Anordnungen zulässig bei der Verpflichtungsklage, den anderen Leistungsklagen und bei der Feststellungsklage. Von der Frage der Zulässigkeit her gesehen ergeben sich somit keine Bedenken für die Eignung einstweiliger Anordnungen zwecks Abwehr drohender Amtshandlungen.

II. Voraussetzungen der einstweiligen Anordnungen.

Die Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung sind in § 123 Abs. 1 VwGO. nunmehr ausdrücklich geregelt. Die Frage, ob mittels einst-

---

495) Soweit es sich um Rechtsvorschriften im Range eines Gesetzes handelt, ist die selbständige Rechtssatzüberprüfung bei dem Bundesverfassungsgericht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) und den Verfassungs- oder Staatsgerichtshöfen der Länder (vgl. z. B. Art. 68 Abs. I Nr. 2 Verfassung Baden-Württemberg; Art. 42 Abs. I S. 2 Verfassung Niedersachsen; Art. 75 Nr. 3 Verfassung Nordrhein-Westfalen) vorgesehen.

weiliger Anordnung drohender Amtshandlungen vorgebeugt werden kann, hängt jedoch auch nach dem neuen Rechtsstand davon ab, ob man einen Unterlassungsanspruch gegen den Staat bejaht, der auch im nachherigen Hauptverfahren durchgesetzt werden könnte. Auch insoweit kann auf die bisherigen Ausführungen auf Seite 74—76 verwiesen werden.

3. Abschnitt:

Die Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage der neuen VwGO. als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Verwaltungsmaßnahmen.

Die neue VwGO. hat einzelne Klagearten ausdrücklich angeführt, so in § 42 VwGO. die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage und in § 43 VwGO. die Feststellungsklage. Sonach ist zunächst zu prüfen, ob und in welchem Umfang diese Klagearten zur Abwehr drohender Verwaltungsmaßnahmen gerangezogen werden können.

I. Vorbeugender Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage.

1) Erlaß einer Verwaltungsverfügung als Klagevoraussetzung der Anfechtungsklage.

Während bislang der gesetzliche Wortlaut der Vorschriften über die Anfechtungsklage nicht immer so eindeutig gefaßt war, daß man hieraus allein das Vorliegen einer bereits erlassenen Verwaltungsverfügung als Klagevoraussetzung der Anfechtungsklage entnehmen konnte (S. 77—80), so bringt nunmehr die neue Bestimmung des § 42 Abs. 1 VwGO. in diesem Punkt Klarheit. Danach kann durch Klage die Aufhebung einer Verwaltungsverfügung begehrt werden, woraus sich m. E. nunmehr eindeutig ergibt, daß das Vorliegen einer bereits erlassenen, und jetzt aufzuhebenden Verwaltungsverfügung unerläßliche Voraussetzung für die Anfechtungsklage ist[496]). Auch insoweit hat sich der auf Seite 79 unten vertretene Standpunkt bestätigt.

2) Vorbeugender Rechtsschutz durch Ausdehnung des Begriffs der Verwaltungsverfügung.

Für die Anfechtungsklage ist sonach der Begriff der Verwaltungsverfügung von entscheidender Bedeutung. Ist die Maßnahme der Verwaltung, gegen die sich die Klage wendet, keine Verwaltungsverfügung, so ist eine Anfechtungsklage unzulässig. Die neue VwGO. enthält nun keine Begriffsbestimmung der Verwaltungsverfügung, sondern dieser Begriff wird von ihr vorausgesetzt. Der von der Rechtslehre und Rechtsprechung entwickelte Begriff der Verwaltungsverfügung ist somit auch bei der Auslegung der VwGO. zugrundezulegen. Auch insoweit kann auf die Ausführungen S. 80—89 Bezug genommen werden, als deren Er-

---

[496]) Vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, München und Berlin, 1690, S. 83.

gebnis festgestellt wurde, daß die Anfechtungsklage als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Amtshandlungen ungeeignet ist (S. 89). Insofern hat sich die Rechtslage nach der VwGO. gegenüber dem bisherigen Rechtszustand nicht geändert.

II. Vorbeugender Rechtsschutz und Verpflichtungsklage.

Mit der Verpflichtungsklage, wie sie nach der Begriffsbestimmung in § 42 Abs. 1 VwGO. nunmehr heißt, kann die Verurteilung zum Erlaß einer abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsverfügung begehrt werden. Sie ist nicht auf Aufhebung, sondern auf Erlaß einer Verwaltungsverfügung gerichtet und daher keine Gestaltungsklage wie die Anfechtungsklage — Ziel ist Aufhebung einer Verwaltungsverfügung — sondern eine Leistungsklage[497]). Für den Begriff der Verpflichtungsklage ist es unwesentlich, ob die Verwaltungsbehörde die vom Kläger beantragte Verwaltungsverfügung ausdrücklich abgelehnt oder die Vornahme lediglich unterlassen hat, jedoch hat diese Unterscheidung Einfluß auf das Vorverfahren (§ 68 Abs. 2 VwGO.) und die Klagefrist (§§ 74 Abs. 2, 75, 76 VwGO.). Nämlich auch in den Fällen, in denen die Verwaltungsbehörde die beantragte Verwaltungsverfügung abgelehnt hat, geht die Verpflichtungsklage nur auf Verurteilung der beklagten Verwaltungsbehörde zum Erlaß der beantragten Verfügung, nicht auf Aufhebung der ablehnenden Verfügung. Diese aufzuheben ist vielmehr die Aufgabe der Behörde, die durch das Verpflichtungsurteil zur Vornahme der beantragten Verfügung und damit zur Aufhebung der dieser Vornahme entgegenstehenden ablehnenden Verfügung verpflichtet ist[498]).

Ziel der Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO. ist jedoch in jedem Falle ausnahmslos die Verurteilung der Verwaltungsbehörde zum Erlaß einer Verwaltungsverfügung, während die Unterlassungsklage gerade umgekehrt den N i c h t e r l a ß einer drohenden Amtshandlung begehrt. Auf Grund dieser entgegengesetzten Zielrichtung muß auch die neue Verpflichtungsklage als brauchbares Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes ausscheiden und die Ausführungen S. 90—91 können auch nach der neuen Rechtslage voll unterstrichen werden.

III. Verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zwecks Abwehr drohender Amtshandlungen.

Die neue VwGO. hat in § 43 auch die Feststellungsklage einheitlich geregelt. Durch den eindeutigen gesetzlichen Wortlaut in § 43 entfällt

---

497) Die Einteilung nach dem verfahrensrechtlichen Inhalt des begehrten Urteils in Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsklagen hat mit der Einteilung in Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststelltungsklagen des Verwaltungsstreitverfahrens nichts zu tun. Vgl. hierzu bes. Bachof, Klage S. 54 f.

498) Vergl. zu dieser ganzen Frage auch B e t t e r m a n n in NJW. 60, S. 649 ff. und in NJW. 60 S. 1081 ff.

auch die Streitfrage, welche Bedeutung der Verweisung „im Wege der Parteistreitigkeiten“ in § 25 VGG. beizumessen ist. (Siehe Seite 92—94.) Dagegen hat sich nach der neuen VwGO. gegenüber dem bisherigen Rechtszustand nichts geändert, was den Inhalt des feststellbaren Rechtsverhältnisses anlangt. Die gesetzlichen Wortlaute stimmen insoweit der Sache nach völlig überein. Somit haben die Ausführungen bezüglich des Inhalts des fststellbaren Rechtsverhältnisses (S. 94—108) und auch der sonstigen Bedenken gegen die Feststellungklage zur Abwehr drohender Amthandlungen (S. 104—108) auch nach der neuen Rechtslage noch volle Gültigkeit.

4. Abschnitt:

Sonstige verwaltungsgerichltiche Klagearten als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes.

Die in der neuen VwGO. ausdrücklich geregelten verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten sind nach alledem zur Abwehr drohender Amtshandlungen ungeeignet. Ehe zu prüfen ist, ob weitere außer den bisher erwähnten Klagemöglichkeiten einen vorbeugenden Rechtsschutz gewähren können, wäre zu klären, ob die in der neuen VwGO., insbesondere in den §§ 42 und 43[499]) aufgeführten Klagearten erschöpfend geregelt sind oder es sich hierbei nur um eine beispielhafte Aufführung der wichtigsten Klagearten handelt. Erst nach Beantwortung dieser Frage kann untersucht werden, ob die sonstigen Klagearten der neuen VwGO. einen Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen gewähren können.

I. Sonstige Klagearten der VwGO. außer Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage?

Zwar hat der Gesetzgeber im Gegensatz zu § 22 Abs. 1 MROV. Nr. 165 und § 22 VGG. zutreffend die „Zulässigkeit des Rechtswegs“ und die „sachliche Zuständigkeit“ nicht mehr miteinander vermengt. (Vgl. § 40 VwGO. einerseits und §§ 42, 43 VwGO. andererseits[500]). Jedoch hat er den Teilabschnitt „Verwaltungsrechtsweg“ (§§ 40—44 VwGO.) mit Vorschriften belastet, die einen echten Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Rechtswegs vermissen lassen und zudem als wenig glückliche Lösung auch geeignet sind, Verwirrung zu stiften. So schafft § 40 VwGO. eine dem § 13 GVG. entsprechende Vorschrift und eröffnet den Verwaltungsrechtsweg grundsätzlich für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art, soweit nicht durch Bundesgesetz, oder auf dem Gebiete des Landesrechts durch Landesgesetz diese einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind[501]). Dagegen befas-

---

499) Das besondere Verfahren bei einstweiligen Anordnungen (§ 123 VwGO.) knüpft ja an die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer entsprechenden Klage an.

500) Dies betont Ule, DV. Bl. 60, S. 3 insbesondere.

501) Die Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 2 VwGO. hat offenbar bisherige vermögensrechtliche Ansprüche „kraft Uebrlieferung“ im Auge.

sen sich die Regelungen der § 42 und § 43 VwGO. mit einzelnen Klagearten. Diese Einbeziehung der einzelnen Klagearten in den Bereich „Verwaltungsrechtsweg" bedarf einer besonderen Ueberprüfung. Der Gesetzgeber könnte hiermit nämlich einmal zum Ausdruck gebracht haben, daß der Verwaltungsrechtsweg nur für Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklagen eröffnet sein soll. Es könnte sich hierbei aber auch lediglich um eine beispielhafte, nicht erschöpfende Aufführung der wichtigsten Klagearten handeln.

1) Verwaltungsrechtsweg nur für Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklagen?

Eine solche Auffassung des Gesetzgebers könnte einmal auszulegen sein, daß der Verwaltungsrechtsweg nur für die drei genannten Klagearten eröffnet ist, sie könnte aber auch bedeuten, daß die Vorschriften der §§ 42 und 43 VwGO. besondere zusätzliche Verfahrensvoraussetzungen für das Rechtsschutzbegehren bei den Verwaltungsgerichten darstellen. In beiden Fällen würde jedoch die neue VwGO. keine geeigneten verfahrensrechtlichen Möglichkeiten bieten, um Rechtsschutz gegen drohende Amtshandlungen zu gewähren. Es bedarf daher der Prüfung, ob diese Auffassungen dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.

a) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nur für Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage?

Für diese Auffassung könnte als einziger Gesichtspunkt die Ueberschrift „Verwaltungsrechtsweg und Zuständigkeit" herangezogen werden. Dagegen spricht jedoch, daß diese enge Auslegung zur Folge hätte, daß die bisherigen sogenannten Parteistreitigkeiten lediglich auf die Feststellungsklage nach § 43 VwGO. beschränkt blieben, während Leistungsklagen im Wege der sogenannten Parteistreitigkeiten in Zukunft ausgeschlossen wären. Eine solche Einengung hat der Gesetzgeber jedoch nicht beabsichtigt. Das ergibt sich einmal aus der Fassung des § 40 VwGO., der von allen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts spricht[502]). Zum andern spricht auch die bisherige, dem Gesetzgeber bekannte Rechtsentwicklung über die Zulässigkeit von Parteistreitigkeiten, welche der Gesetzgeber der VwGO. ebensowenig beseitigen wollte, sowie die Möglichkeit der selbständigen Rechtssatzüberprüfung dagegen. Die Schlußfolgerung, in den in § 42 und § 43 VwGO. gesetzlich ausdrücklich geregelten Klagearten zugleich eine einschränkende Ausgestaltung der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs zu sehen, ist daher verfehlt. Vielmehr ist auch fernerhin die Prüfung der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs zunächst anzustellen und erst daran anschließend die Frage nach der Zulässigkeit einer Anfechtungs-, Verpflichtungs- oder Feststellungsklage zu

502) Vgl. Sieveking, MDR. 1960 S. 178.

klären[503]). Die ausdrückliche Aufführung jener Klagearten unter der Ueberschrift „Verwaltungsrechtsweg" ist aus der geschichtlichen Entwicklung heraus zu erklären und entbehrt eines aufbaumäßigen Gesichtspunktes. Insbesondere sollte die ausdrückliche Erwähnung der Verpflichtungsklage neben der Anfechtungsklage diese verhältnismäßig junge Klageart als Rechtseinrichtung festigen.

Die ausdrückliche Aufzählung der einzelnen Klagearten ist daher trotz der Ueberschrift nicht dem „Verwaltungsrechtsweg" zuzurechnen.

b) Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage als einzig mögliche Klagearten im Verwaltungsstreitverfahren?

Mit den obigen Bemerkungen ist bereits die Feststellung verbunden, daß die ausdrückliche Aufzählung dieser Klagearten keineswegs die bisher als sogenannte „Parteistreitigkeiten" oder als „sonstige" oder „andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" bekannten Klagearten ausschließen wollte[504]). Weiter kann die Ausschließlichkeit auch nur für die Anfechtungsklage bejaht werden. Hingegen ist die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 2 VwGO. nicht die einzige Möglichkeit, im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens von der Verwaltung eine Leistung — ein Tun oder Unterlassen — verlangen zu können. Neben der Verpflichtungsklage kennt das Verwaltungsstreitverfahren nach der neuen VwGO. auch andere Leistungsklagen, die auf Verurteilung des Beklagten zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind. Die neue VwGO. hat die Zulässigkeit solcher Leistungsklagen in einer Reihe von Vorschriften (vgl. z. B. § 43 Abs. 2, § 111, § 113 Abs. 2 und 3, § 169 Abs. 2, § 170, § 191 Abs. 2 VwGO.) ausdrücklich anerkannt und vorausgesetzt. Neben der eigentlichen Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO, die den Erlaß einer Verwaltungsverfügung begehrt, gibt es sonach auch Leistungsklagen auf Verurteilung zur Zahlung oder zur Herausgabe von Sachen oder zur Leistung von Diensten und Werken[505]).

2) Anfechtungs-, Verpflichtungs und Feststellungsklage als nur beispielhafte nicht erschöpfende Aufzählung der Klagearten nach der VwGO.

Aus den obigen Feststellungen ergibt sich, daß die Aufzählung einzelner Klagearten in § 42 und § 43 trotz der Ueberschrift „Verwaltungs-

---

503) Vgl. die in dieser Beziehung vorbildliche Entscheidung des BVerwG. vom 23. 7. 1956 in BVerwGE. Bd. 7 S. 180 ff.

504) Vgl. Ule, DVBl. 60 Seite 3.

505) So Bettermann, NJW. 60, S. 656 Anm. 24 und Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 1960, Seite 84.

rechtsweg (und Zuständigkeit)" des 6. Abschnitts der VwGO. nur beispielhaft und nicht erschöpfend ist[506]). Mit dieser beispielhaften Aufführung wollte der Gesetzgeber der neuen VwGO. weder die weiteren Leistungsklagen neben der Verpflichtungsklage im Sinne des § 42 Abs. 1 VwGO. noch die anderen Klagearten, die man bisher unter dem Begriff der sogenannten „Parteistreitigkeiten" oder „sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" zusammenfaßte, als nach der VwGO. mögliche Klageart ausschließen.

II. Die sonstigen Klagearten der VwGO. als Mittel eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Amtshandlungen.

Als Rechtsgrundlage einer vorbeugenden Unterlassungsklage zur Abwehr drohender Amtshandlungen — Verwaltungsverfügungen und sonstigen Verwaltungshandelns — bietet sich nunmehr § 40 Abs. 1 VwGO. an, wonach der Verwaltungsrechtsweg in a l l e n öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist. Die Nichtaufnahme der Parteistreitigkeiten in die Klagearten des § 42 ff. VwGO., obwohl sie der Gesetzgeber unmöglich ausschließen wollte, sowie der nicht mehr wie in § 22 VGG. und § 22 MRVO. Nr. 165 zwischen Anfechtungsstreitigkeiten und anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts unterscheidende Allzuständigkeitsgrundsatz nach § 40 Abs 1 VwGO., legt den Schluß nahe, daß die Zulässigkeit anderer Leistungsklagen als die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO. nicht an die Parteistreitigkeit im bisherigen Sinn gebunden sein soll[507]). Die umfassendere Gestaltung des Allzuständigkeitsgrundsatzes in § 40 Abs. 1 VwGO. legt keine Einengung, sondern eine Ausweitung des bisherigen Rechtszustandes nahe. So kann meines Erachtens nach der Rechtslage der VwGO. eine vorbeugende Unterlassungsklage als andere Leistungsklage neben der Verpflichtungsklage des § 42 Abs. 2 VwGO. gestützt auf § 40 Abs. 1 VwGO. als zulässig angesehen werden, ohne daß hierfür die Beschränkungen der Parteistreitigkeiten im bisherigen Sinne beachtet zu werden bräuchten. Gegen die Zulässigkeit vorbeugender Unterlassungsklagen bestehen somit nach der Rechtslage der neuen VwGO. v e r f a h r e n s r e c h t l i c h erheblich weniger Bedenken als nach dem bisherigen Rechtszustand. Aber selbst wenn man unter der Geltung der VwGO. die vorbeugende Unterlassungsklage weiterhin zu den Parteistreitigkeiten im bisherigen Sinne, welche die VwGO. keineswegs ausschließen wollte, rechnen wollte, bestünden gegen ihre Zulässigkeit verfahrensrechtlich keine Bedenken. Insoweit kann zur Begründung auf die Ausführungen S. 108 bis 113 verwiesen werden.

---

506) Ebenso Bettermann, NJW. 60, S. 656 Anm. 24.
507) So Sieveking, MRD. 60 Seite 179.

Die neue VwGO. bietet in § 40 Abs. 1 VwGO. somit in erheblich besserem Maße als die bisherigen Verwaltungsgerichtsgesetze die verfahrensrechtliche Möglichkeit für Klagen auf Unterlassung drohender Amtshandlungen[508]), ohne sie notgedrungen — wie Naumann[509] — in eine Feststellungsklage umdeuten zu müssen. Ule[510]) weist zu Recht darauf hin, daß die in diesem Zusammenhang entscheidende Frage deshalb nicht die verfahrensrechtliche Frage nach der Zulässigkeit der Unterlassungsklage, sondern die sachlich-rechtliche Frage nach dem Bestehen von Unterlassungsansprüchen des einzelnen gegenüber dem Staat oder anderen Trägern hoheitlicher Gewalt ist.

SCHLUSS

Diese Untersuchung über den vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sollte insbesondere dem Ziele dienen, verfahrensrechtliche Möglichkeiten eines vorbeugenden Rechtsschutzes zur Abwehr drohender Amtshandlungen aufzuzeigen. Es mag rechtspolitisch ratsam und zweckmäßig gewesen sein, im Zuge der gesetzlichen Neuordnung der Verwaltungsgerichtsordnung in der VwGO. der Unterlassungsklage hinsichtlich ihrer Zulässigkeit und Voraussetzungen noch keine ausdrückliche Regelung zu widmen, wie dies für die ebenfalls zukünftiges Verhalten der Verwaltung bezweckende Verpflichtungsklage geschehen ist, und eine Klärung der Rechtsprechung und Rechtslehre erst abzuwarten.

Jedoch kann als abschließendes Ergebnis durchaus festgestellt werden, daß bereits nach geltendem Recht ein vorbeugender Rechtsschutz zur Abwehr drohender Amtshandlungen vor allem durch die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, die Unterlassungsklage und durch die allgemeine Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen zur Sicherung des Anspruchs auf Unterlassung rechtswidriger Eingriffe verfahrensrechtlich in umfassender und auch wirksamer Weise gegeben ist. Die „Lücke des Rechtsstaates" liegt vielmehr auch hier wie bei der Verpflichtungsklasse weniger auf verfahrensrechtlichem, denn auf sachlich-rechtlichem Gebiet[511]). Die Grundrechte ergeben jedoch bei rechtswidriger Beeinträchtigung einen Anspruch auf Unterlassung bzw. Beseitigung und diesem Unterlassungsanspruch im sachlichen Sinn ihre Aufmerksamkeit zu widmen, sollte in Zukunft ein Hauptanliegen der Lehre und Rechtsprechung sein.

Dagegen soll mit dieser Betrachtung über den vorbeugenden Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit keinesfalls die Forderung ver-

508) So Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 84. Zweifelnd Sieveking, MDR. 60, S. 179.
509) Gedächtnisschrift Seite 391 ff.
510) a.a.O. Seite 84.
511) So Menger in DÖV. 55, S. 592. Im gleichen Sinne Ule, Verwaltungsprozeßrecht, Seite 84.

bunden sein, diesen Rechtsschutz so auszuweiten und auzudehnen, daß „die Verwaltung von den Verwaltungsbehörden auf die Verwaltungsgerichte überginge“ und daß die Verwaltungsbeamten „den Mut zur Entscheidung“ verlieren[512]).

Ein vorbeugender Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt wird auch in Zukunft selten sein. Durch entschlossenen Erlaß der betreffenden Verwaltungsverfügung kann die Verwaltung von sich aus die ihr etwa unbehagliche vorbeugende Feststellungsklage oder vorbeugende Unterlassungsklage verhindern und den rechtsschutzsuchenden Bürger auf den ihre Tätigkeit weniger lähmenden Weg der Anfechtungsklage verweisen. Für eine Einengung des vorbeugenden Rechtsschutzes bietet sich insbesondere auch das Rechtsschutzbedürfnis als Voraussetzung jeder Klage dar, das vielfach im Hinblick auf die künftige Möglichkeit der Anfechtungsklage zu verneinen sein wird. Im übrigen ist noch zu bedenken, daß es für die Verwaltungsbehörden zumal heute, wo die Verwaltungstätigkeit zu einem großen Teil schwer belastende Eingriffe in den Rechtskreis der Betroffenen mit sich bringt, vielfach weniger von Belang ist, um jeden Preis Recht zu bekommen, als durch die klare, ständige richterliche Stellungnahme zu einer Streitfrage eine Handhabe dafür zu erhalten, wie sie mit gutem Gewissen fürderhin verfahren können[513]). Aus diesem Grunde mag für sie das verwaltungsgerichtliche Urteil vielfach — mag es nun der vom Bürger vertretenen Ansicht recht geben oder nicht — weniger als Eingriff in ihren ureigenen Tätigkeitsbereich erscheinen. Nicht selten kann es ihnen als Stärkung und Rückendeckung dienen, sowohl gegenüber anderen mit denselben Maßnahmen zu behelligenden Staatsbürgern, als auch gegenüber den eigenen Oberbehörden, deren Weisungen sie das zu Gunsten der angewiesenen Behörde ergangene abweichende Urteil entgegenhalten können. Schließlich ist auch zu beachten, daß allein schon das Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die dort vorgesehenen Möglichkeiten auch eines vorbeugenden Rechtsschutzes eine günstige Wirkung auf die Rechtsmäßigkeit der Tätigkeit der Verwaltungsbehörden ausübt[514]).

Ueber jeder Art eines vorbeugenden Rechtsschutzes — sei es in Form der vorbeugenden Feststellungsklage, der vorbeugenden Unterlassungsklage oder der einstweiligen Anordnung — sollte aber immer auch im heutigen Rechtsstaat der Satz stehen, den W. Jellinek zur Feststellungsklage geprägt hat: „Der Staat soll nicht unnötig mit der Entscheidung von Klagen behelligt werden“[515]).

---

512) So Hillmann, Verh. des 38. dt. Juristentages, Abt. D S. 76.

113) Diese Rückwirkung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Tätigkeit der Verwaltung betont zu Recht Theis, Arch. ö. R. Bd. 77, S 2.

514) von Endert, DVBl. 50, S. 423.

515) Verwaltungsrecht 2. Aufl. S. 181, angeführt bei Naumann, Gedächtnisschrift S. 406. Anm. 64.

MEIN LEBENSLAUF

Als ältestes von drei Kindern des Gastwirtsehepaares Albert Burkhart und Maria, geb. Keller, bin ich am 15. Oktober 1931 in Gammertingen geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach vierjährigem Besuch der Gammertinger Volksschule trat ich in das Staatliche Gymnasium in Sigmaringen ein und legte dort am 27. Juni 1951 die Reifeprüfung ab. Im Wintersemester 1951/52 begann ich an der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen mit dem Studium der Rechtswissenschaft und legte dort nach acht Semestern, die ich sämtliche in Tübingen verbrachte, am 28. November 1955 die erste juristische Staatsprüfung ab. Nach Abschluß meines Vorbereitungsdienstes als Gerichtsreferendar beim Amtsgericht Reutlingen, bei der Staatsanwaltschaft Hechingen, dem Landesarbeitsgericht Tübingen, dem Verwaltungsgerichtshof Bebenhausen, dem Landgericht Tübingen, dem Landratsamt Tübingen und der Anwaltsstation bestand ich am 13. Juli 1960 die zweite juristische Staatsprüfung in Stuttgart.

Anton Burkhart.